Die Rechtsnatur der Schiedsgutachterklausel und des Schiedsgutachtens

INAUGURAL-DISSERTATION
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von
Walter Buchdahl
aus Alme
Referendar im Bezirk des Kammergerichts

Approbiert am 30. Juli 1931

Stromdruckerei, Berlin NO 18, Landsberger Allee 144

Referent: Geh. Just. Rat Univ.-Professor Dr. Kübler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gliederung

A. Die wirtschaftliche Bedeutung des Schiedsgutachterwesens . . 5 — 7

B. Die gesetzliche Regelung des Schiedsgutachtervertrages und des Schiedsgutachtens . . . . . 8 —11

C. Theorien über die Rechtsnatur der Schiedsgutachterklausel . .
I. Die Schiedsgutachterklausel als Vergleich . . . . . 12—14
II. Die Schiedsgutachterklausel als Anerkenntnis . . . . . 15—16
III. Die sogenannte Bedingungstheorie . . . . . 17—21
1. Materielle Folgerungen dieser Lehre . . . . . 17—18
2. Auswirkungen im Prozess . . . . . 18—20
3. Konstruktionsversuche, um die unerwünschten Folgen dieser Theorie zu vermeiden . . . . . 20—21
IV. Hinauszögerung der Fälligkeit des Anspruchs durch den Abschluß der Schiedsgutachterklausel? . . . . . 22—23

D. Die Schiedsgutachterklausel als Beweisvertrag 24
I. Die Zulässigkeit von Beweisverträgen . . . . . 24—30
1. Die Bindung des Gerichts an bestimmte Beweismittel . 26—27
2. Ausschluß von § 286 ZPO. . . . . 27—30
II. Prozessuale Auswirkungen der Beweisvertragstheorie . . . 31—32
III. Abgrenzung von Schiedsvertrag und Schiedsgutachterklausel vom Standpunkt der Beweisvertragstheorie aus 33

E. Die Unwirksamkeit der Schiedsgutachterklausel
I. Anfängliche Unwirksamkeit 34
II. Nachträgliche Unwirksamkeit, hervorgerufen durch das Verhalten einer Partei . . . . . 35—36
III. Nachträgliche Unwirksamkeit, hervorgerufen durch das Verhalten der Schiedsgutachter . . . . . 36—37

F. Die Rechtsnatur des Schiedsgutachtens 38
I. Anfechtung des Schiedsgutachtens . . . . . 39—40
II. Unwirksamkeit wegen Verletzung von Verfahrensregeln . . 41—42
III. Die Unverbindlichkeit des Schiedsgutachtens . . . . . 42—47

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543505_0006

A. Die wirtschaftliche Bedeutung des Schiedsgutachterwesens

In der heutigen Zeit tritt immer wieder das Bestreben hervor, Rechtsstreitigkeiten nicht auf dem Prozeßwege, der häufig erst nach längerer Zeit — z. B. infolge der Einrichtung des Instanzenzuges, der Gerichtsferien etc. — zu dem von den Parteien angestrebten Ziele führt, sondern mit Hilfe von Schiedsgerichten auszutragen. Derartige Schiedsgerichte, die ja auch in den meisten Fällen rasch die zwischen den rechtsuchenden Parteien bestehenden Differenzen beilegen, sind zu einem nicht zu unterschätzenden Faktor im Rechts- und Wirtschaftsleben geworden. Zu erwähnen ist nur z. B. das Berliner Bühnen-Schiedsgericht, die Börsen-Schiedsgerichte, um die Wichtigkeit dieser Einrichtung aufzuzeigen.

Das Bestreben nach rascherer Erledigung der Rechtsstreitigkeiten hat neben den Schiedsgerichten noch eine ähnliche Erscheinung hervorgebracht, den Schiedsgutachter bezw. die Schiedsgutachterkommission, oder, wie sich das Arbeitsgerichts-Gesetz (Arb. G. Ges.) in seinem § 107 besser ausdrückt: die Schiedsgutachterstelle.[1]) Über den grundlegenden Unterschied zwischen Schiedsgutachter und Schiedsrichter ist lange Zeit heftig debattiert worden.[2])

Die Formel, auf die man sich endgültig geeinigt hat, wird von Kisch[3]) folgendermaßen ausgedrückt: „Dem Schiedsrichter ist die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit übertragen, während der Schiedsgutachter nur über einen rechtserheblichen Umstand zu entscheiden hat.“ Mit Hilfe dieser Abgrenzung kann fast immer genau festgestellt werden, ob ein Schiedsvertrag oder Schiedsgutachtervertrag (Schiedsgutachterklausel) vorliegt. Selbstverständlich tauchen hier noch Zweifelsfragen auf, auf welche jedoch vorerst nicht eingegangen werden soll.

Die Bedeutung der Schiedsgutachterklausel im Wirtschaftsleben tritt klar hervor, wenn einmal die Judikatur auf das tatsächliche Vorkommen derartiger Klauseln hin nachgeprüft wird.

Auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts spielen Schiedsgutachterverträge eine Rolle, vor allen Dingen bei solchen Werkverträgen, die die Errichtung eines Baues zum Inhalt haben. In diesem Falle hat die Schiedsgutachterstelle, die sich dann meist aus Bau-Sachverständigen zusammensetzt, über die Frage zu entscheiden, ob das gelieferte Material dem Zwecke des Baues entspricht, insbesondere, ob die zum Bau verwendeten Steine die vertragsmäßige Beschaffenheit haben, aber auch,

[1]) Die Ausdrucksweise des Gesetzes ist deswegen vorzuziehen, weil eine Schiedsgutachterstelle aus einer oder mehreren Personen, ebenso wie ein „Gericht“ bestehen kann, während der Ausdruck „Kommission“ immer eine Mehrheit von Personen voraussetzt.

[2]) Vgl. z. B. Kohler, Beiträge S. 259, Gruch. 30, 1024.

[3]) a. a. O. S. 7.

wie die Bau-Vertragsbedingungen auszulegen sind.[4])
Ein anderes Tätigkeitsfeld des Schiedsgutachters sind die Parzellierungsverträge. Dort ist die Sachlage folgendermaßen:
Der Grundeigentümer veräußert einen bestimmten Teil seines Grundbesitzes und verpflichtet sich gleichzeitig, in besonderen Fällen, z. B. bei dringender Benötigung seitens des Käufers, weitere Parzellen seines Grundeigentums an den Käufer aufzulassen. Ob und in welchem Umfange der Käufer die Parzelle dringend benötigt, soll nach diesen Verträgen fast immer durch eine Schiedsgutachterstelle festgestellt werden, der manchmal auch der veräußernde Grundeigentümer selbst angehört.[5])
Außer bei diesen beiden Kategorien von Verträgen spielt der Schiedsgutachter bei allen möglichen Arten von Kaufverträgen, Transportverträgen, beim Seefrachtgeschäft und vor allem bei Börsengeschäften eine erhebliche Rolle. Zu entscheiden ist über die vertragsmäßige Beschaffenheit einer Ware, die Angemessenheit des Preises, den Umfang eines Schadens und seine Entstehung. Die an den Börsen eingerichteten Sachverständigenkommissionen haben ihr Urteil abzugeben über den Wert von Effekten oder Waren, unter Umständen sind sie auch befugt, Usancen authentisch zu interpretieren. Ein anderer Fall: Bei der Auseinandersetzung zwischen Gesellschaftern einer OHG. haben Schiedsgutachter die Höhe und den Wert des Auseinandersetzungsguthabens zu bestimmen.[6])
Auch die sogenannte Arbitrageklausel gehört teilweise hierher. Namentlich in Großhandelsverträgen findet sich häufig die Bestimmung, daß gewisse Streitigkeiten nach „Hamburger — Breslauer — Antwerpener — freundlicher Arbitrage" zu entscheiden seien. Eine Anzahl aus gewissen Kreisen oder Ständen gewählter Personen — die Zusammensetzung ist natürlich je nach dem Handelsbrauch der betreffenden Stadt eine verschiedene — hat über Voraussetzungen der zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisse zu entscheiden. Bei derartigen Arbitrageklauseln ist jedoch Vorsicht geboten, da die Kommission manchmal auch über das Rechtsverhältnis in seiner Gesamtheit zu bestimmen hat, so daß also ein Schiedsvertrag vorliegt.[7]) Sehr häufig stellen sich

[4]) Einen Fall der zuletzt angeführten Art siehe KG. 1908 in OLG. 17, 210.
[5]) Die Zulässigkeit der Bestellung einer Partei zum Schiedsgutachter ergibt sich aus BGB. § 315. (So RG. 87, 191, wo ein derartiger Parzellierungsvertrag vorgelegen hat.) Auf das Mitglied der Kommission, das Partei ist, wird allerdings nicht § 317, sondern § 315 BGB. anzuwenden sein. Trotzdem dürften keine Bedenken bestehen, die Kommission in ihrer Gesamtheit als Schiedsgutachterstelle, ihren Spruch als Schiedsgutachten aufzufassen.
[6]) RG. 67, 71.
[7]) Davon, daß sich im Handelsverkehr eine Regel gebildet hat, nach der die Arbitrageklausel immer die Bedeutung eines Schiedsvertrages haben soll, kann keine Rede sein. (Vgl. OLG. Kiel 1919 in OLG. 39, 93.)

auch die Arbitrageklauseln als Verbindung von Schiedsgutachter — und Schiedsvertrag dar.[8])

Neuerdings hat auch im Mietrecht, das durch die Gesetzgebung der Nachkriegsjahre stark öffentlich-rechtlichen Charakter angenommen hat und daher nicht mehr lediglich als Teil des Bürgerlichen Rechts aufgefaßt werden kann, die Regelung von Streitfragen durch Schiedsgutachter erheblich zugenommen.[9])

Eine noch bedeutendere Rolle als im Bürgerlichen und Handels-Recht kommt dem Schiedsgutachter im Versicherungsrecht zu. Hier wird durch Schiedsgutachten festgestellt, ob überhaupt ein Versicherungsfall vorliegt, ob er im Zusammenhang mit einem Gefahrenmoment steht, ob der Versicherungsnehmer entgegen seiner Anzeigepflicht keine Anzeige erstattet hat, ob er die notwendigen Feuerschutzvorrichtungen angebracht hat, ja sogar darüber, ob der Versicherungsvertrag gültig ist, ob er nicht vielleicht wegen Doppelversicherung des Versicherungsnehmers der Rechtsgültigkeit entbehrt, ob ein Grund zur Anfechtung oder zum Rücktritt gegeben ist.[10]) Sehr häufig findet auf diesem Rechtsgebiet die Schiedsgutachterklausel für die Klärung der Frage Bedeutung, ob dem Versicherungsnehmer aus dem Schadensfall ein Vorteil entstanden ist und ob dementsprechend der Versicherer befreit worden ist (sogenannte Franchise).

In einer der jüngsten Rechtsdisziplinen, nämlich im Arbeitsrecht, hat ebenfalls die Schiedsgutachterklausel erhebliche Bedeutung gefunden. Der am häufigsten wiederkehrende Fall ist der, daß bei Streitigkeiten um den Arbeitslohn die Schiedsgutachterstelle feststellen soll, in welche Lohnklasse der Arbeitnehmer einzugruppieren ist.[11]) Ebenfalls zur Entscheidung werden häufig Fragen über die vertragsmäßige Einrichtung der Arbeitsstätte und über die Innehaltung oder Verletzung der Friedenspflicht gestellt. Als Besonderheit ist zu erwähnen, daß hier keine Identität zwischen den Parteien, die die Schiedsgutachterklausel abgeschlossen haben und denjenigen, die die Schiedsgutachterstelle um eine Entscheidung angehen, bestehen muß: Tarifvertragsparteien haben die Klausel abgeschlossen, Streit bricht aus zwischen dem einzelnen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.[12])

[8]) Auch sonst findet sich häufig eine Verbindung beider Institute, z. B. bei der Dreimänner-Kommission der Berliner Fondsbörse. (Vgl. Nußbaum zu § 96 und 97 Börsengesetz.)

[9]) D. J. Z. 1930, S. 965.

[10]) Eine Fülle weiterer Beispiele für den Aufgabenkreis des Schiedsgutachters im Versicherungsrecht bei Kisch, S. 25—27.

[11]) Flatow-Joachim zur Überschrift des III. Abschnitts des Arb.G.Ges. Anm. 1).

[12]) Daß trotzdem die Streitparteien an die Schiedsgutachterklausel gebunden sind, ist eine Folge der normativen Wirkung des Tarifvertrages. (Vgl. Flatow-Joachim zu § 106, Anm. 1).

B. Die gesetzliche Regelung des Schiedsgutachtervertrages und des Schiedsgutachtens.

Im Gegensatz zu der dem Schiedsgutachterwesen zukommenden Bedeutung steht seine gesetzliche Regelung. Vor allem auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts fehlt es an jeder ausdrücklichen Bestimmung. Einer analogen Anwendung der §§ 317 ff. BGB. dürften allerdings keine Bedenken entgegenstehen. Von einer analogen Anwendung muß deswegen gesprochen werden, weil die dem Schiedsgutachter zufallende Aufgabe sich keineswegs immer mit der dem Dritten des § 317 BGB. obliegenden Aufgabe deckt.

Unter den Begriff des Schiedsgutachters fällt jedenfalls nicht die Bestimmung einer Leistung nach freiem Belieben. Schon aus der Bezeichnung „Gutachter" folgt, daß der Dritte nur die angemessene Leistung zu begutachten hat; von einer solchen Tätigkeit kann aber dann nicht mehr die Rede sein, wenn keinerlei Untersuchungen oder auch nur Überlegungen anzustellen sind und der Dritte nach Willkür den bisher inhaltlosen Vertragsbeziehungen einen Inhalt geben kann, wie er ihm beliebt.[13]) Wohl gehört jedoch der Fall hierher, daß der Inhalt einer Leistung nach freiem Ermessen zu bestimmen ist und dadurch also eine unbestimmte zu einer bestimmten Leistung gemacht wird. Richtiger wäre m. E. auch in diesem Fall, zu sagen, daß mit der Tätigkeit des Schiedsgutachters eine den Parteien unbekannte, aber objektiv feststehende Leistung zu einer ihnen bekannten gemacht werden soll. Für den Fall einer Entscheidung nach billigem Ermessen nämlich steht der Inhalt der Leistung nach den Regeln der Billigkeit bereits fest. Die Parteien überlassen die Feststellung, was im Einzelfall den Erfahrungsgrundsätzen der Billigkeit entspricht, dem unparteiischen Dritten. Die Bestimmung erfolgt dann in der Weise, daß die Schiedsgutachterstelle aus dem allgemeinen Erfahrungsgrundsatz herleitet, was im Einzelfall als angemessen erscheint. Insofern ist also die sogen. Bestimmung nach billigem Ermessen eine feststellende Tätigkeit.[14])

[13]) Kisch S. 97; RG. in JW. 1905, S. 90.

[14]) Ähnlich Wangner, S. 31 ff. Gegen ihn Jürgens a. a. O. S. 67, der ausführt, daß man zwar von der Billigkeit als einem Erfahrungsgrundsatz reden könne, daß aber eine Subsumtion unter diesen Satz nur in Frage komme bei der Entscheidung, ob etwas billig sei und nicht bei der Bestimmung nach billigem Ermessen. Es ist allerdings richtig, daß bei der Bestimmung einer Leistung schlechthin keine Subsumtionen unter den Erfahrungsgrundsatz der Billigkeit vorgenommen werden. Soll aber die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen, so geht dies nicht etwa so vor sich, daß erst irgendeine Leistung festgesetzt wird und das Resultat solange korrigiert wird, bis die Leistung der Billigkeit entspricht, sondern es wird von vornherein nur einmal eine Leistung festgestellt und zwar diejenige, die billig ist. Infolgedessen erfolgt im Augenblick der Bestimmung auch die Subsumtion dieser Bestimmung unter den Erfahrungsgrundsatz der Billigkeit.

Wichtig wird die Tatsache, daß dem Schiedsgutachten niemals festsetzende, sondern nur feststellende Kraft innewohnt, bei der Frage nach der Rechtsnatur der Schiedsgutachterklausel. An jener Stelle wird die Frage nochmals zu erörtern sein.

Es ist daran festzuhalten, daß der Schiedsgutachter niemals etwas objektiv und subjektiv Unbestimmtes zu etwas Bestimmtem machen soll. Der Inhalt der Leistung steht immer schon objektiv fest, soll aber durch das Schiedsgutachten den Parteien und dem Gericht erst bekanntgemacht werden,[15]) wohingegen § 317 BGB. ursprünglich wohl den Fall im Auge hat, daß etwas Unbestimmtes zu etwas Bestimmtem werden soll. Insofern ist es also erforderlich, von einer analogen Anwendung der §§ 317 ff. zu sprechen.

Schließlich kann aber auch zur Obliegenheit der Schiedsgutachterstelle nicht die Feststellung der vertraglich zu erbringenden Leistung gehören, sondern nur die Herbeischaffung gewisser Unterlagen, auf Grund derer sich erst Ansprüche ergeben, die also nur Elemente für den Vertragstatbestand sind. Auch dieser letzte Fall läßt sich aber unter den Gedanken des § 317 BGB. ohne weitere Bedenken einordnen.[16])

Die besondere Bedeutung der Schiedsgutachterklausel für das Versicherungs- und Arbeitsrecht bringt es mit sich, daß hier die Gesetzgebung sich einmal ausdrücklich mit dieser Materie befaßt. § 64 VVG. entspricht der Regelung der §§ 317 ff. BGB. Die Tätigkeit des Schiedsgutachters besteht hier in der Feststellung gewisser Voraussetzungen des Entschädigungsanspruches oder seiner Höhe. Statt der „offenbaren Unbilligkeit" des § 319 BGB. ist es hier die „offenbare erhebliche Abweichung von der wirklichen Sachlage", die die Entscheidung der Schiedsgutachterstelle zu einer nicht verbindlichen macht![17]) Wie weit diese beiden Begriffe dasselbe besagen, wird zweckmäßigerweise nicht hier, sondern bei der Behandlung der Rechtsnatur des Schiedsgutachtens auseinanderzusetzen sein.

[15]) Vgl. RG. 96 S. 57 ff.: Eine noch unbekannte wird durch das Schiedsgutachten zu einer bekannten Leistung.

[16]) In der bereits zitierten Entscheidung Bd. 96 S. 57 ff. führt das RG. aus, daß in dem Fall, wo durch Schiedsgutachten die unbekannte Leistung zu einer bekannten gemacht werden solle, statt des Wortes „unbillig" der entsprechende Ausdruck „unrichtig" gesetzt werden müsse. Die Abweichung von der Bestimmung einer bereits objektiv feststehenden Leistung könne niemals zur Unbilligkeit, sondern nur zur Unrichtigkeit der Entscheidung führen. Von dem hier vertretenen Standpunkt aus, daß auch bei der Entscheidung nach Billigkeit von einer objektiv bereits feststehenden Leistung auszugehen ist, wird diese Entscheidung des RG. gegenstandslos, da ein unbilliges Schiedsgutachten immer auch ein unrichtiges ist.

[17]) In dieser Formulierung kommt die Tatsache, daß die Tätigkeit des Schiedsgutachters lediglich eine feststellende ist, klar zum Ausdruck.

Der Vorschrift des für das Gebiet der Schadensversicherung geltenden § 64 VVG. entspricht für die Unfallversicherung § 184 VVG., der dem § 64 genau nachgebildet ist, nur daß dort als die zu entscheidende Frage die durch den Unfall herbeigeführte Einbuße an Erwerbsfähigkeit angeführt ist.

Auch auf dem Gebiet der Seeversicherung, die im 4. Buch des HGB. geregelt ist, findet sich — versteckt liegend — ein Fall, der mit dem Schiedsgutachten zu tun hat: § 884 Ziff. 4 HGB. bestimmt, daß zum Nachweis des Schadens Kostenanschläge von „Sachverständigen" aufzustellen seien.

In den älteren Gesetzen war immer lediglich die materielle Seite der Schiedsgutachterklausel, nämlich die Zulässigkeit der Vereinbarung einer solchen Klausel, die Anfechtung des Schiedsgutachtens, der Kreis der anfechtungsberechtigten Personen und schließlich die Fälle der Unverbindlichkeit des Schiedsgutachtens geregelt. Prozessuale Ausstrahlungen, die einer derartigen Klausel unter Umständen zukommen, wurden gesetzlich nicht festgelegt. Erst das Arbeitsgerichtsgesetz brachte eine Neuerung: In den §§ 106, 107 wird auf die materiell-rechtliche Seite der Schiedsgutachterklausel und des Schiedsgutachtens überhaupt nicht eingegangen, vielmehr werden nur prozessuale Voraussetzungen und Wirkungen geregelt; gleichzeitig wird bestimmt, unter welchen Umständen diese Wirkungen nicht eintreten. Da im übrigen über die Schiedsgutachterklausel und das Schiedsgutachten nichts gesagt ist, muß angenommen werden, daß es, soweit die materiell-rechtliche Seite in Frage steht, bei den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen und bei den Vorschriften der §§ 317 ff. BGB. bewenden soll. Ein innerhalb des arbeitsgerichtlichen Verfahrens zustande gekommenes Schiedsgutachten, das zwar formell den Anforderungen des Arb. G.Ges. entspricht, inhaltlich sich jedoch als eine offenbar unbillige Entscheidung darstellt, kann ebensowenig verbindlich sein, wie ein Schiedsgutachten auf dem Gebiete des Bürgerlichen oder des Versicherungs-Rechts, das den gleichen Mangel trägt. Ebenso muß ein auf Irrtum beruhendes Schiedsgutachten anfechtbar sein, gleichgültig, ob es auf arbeitsrechtlichem oder bürgerlich-rechtlichem Gebiete erstattet worden ist.[18])

Für jede Schiedsgutachterklausel und jedes Schiedsgutachten müssen also, was die Frage des Abschlusses der Klausel, der Anfechtung und der Unverbindlichkeit des Schiedsgutachtens angeht, dieselben Rechtssätze gelten, von einigen geringfügigen Abänderungen, die das Gesetz selbst vornimmt, abgesehen. Damit ist nun zwar festgestellt, welche Rechtssätze

[18]) Auch Flatow-Joachim zu § 106, Anm. 5 weisen darauf hin, daß § 106 nur die prozessuale Wirkung des Schiedsgutachtens regele.

auf die beiden Institutionen Anwendung finden; keineswegs ist aber die Frage nach ihrer rechtlichen Natur geklärt, nach den Veränderungen, die durch den Abschluß der Klausel oder die Erstattung des Schiedsgutachtens die zugrunde liegende Schuldbeziehung erfährt. Zweckmäßigerweise wird an erster Stelle die Rechtsnatur der Klausel zu untersuchen sein.

C. Theorien über die Rechtsnatur der Schiedsgutachterklausel

I. *Die Schiedsgutachterklausel als Vergleich*

Die Schiedsgutachterklausel ist ein Vertrag, der nach zwei Seiten hin Wirkungen äußert: Die Parteien sind berechtigt, voneinander die vertragsmäßig erforderliche Mitwirkung bei dem Zustandekommen des Schiedsgutachtens zu verlangen; daneben tritt eine Veränderung des in Frage stehenden Anspruchs ein oder soll vielmehr nach der herrschenden Lehre eintreten: Genau betrachtet enthält also die Schiedsgutachterklausel zwei Verträge, einen obligatorischen, der eine Forderung auf Mitwirkung begründet[19]) und einen dinglichen, durch den die bisher geltende Rechtslage abgeändert wird.

Die Natur des obligatorischen Vertrages — man könnte ihn unter Umständen als Gesellschaftsvertrag ansehen[20]) — soll hier nicht weiter erörtert werden, da durch ihn keine unmittelbaren Einwirkungen auf die bereits bestehende Schuldbeziehung erfolgen, vielmehr lediglich eine neue Verpflichtung begründet wird. Dagegen soll untersucht werden, in welcher Weise die Rechtslage durch den sogen. dinglichen Teil der Schiedsgutachterklausel verändert wird.

Der Abschluß der Klausel verfolgt den Zweck, den Streit oder die Ungewißheit bezüglich einer für das gesamte Rechtsverhältnis bedeutsamen Tatsache zu beseitigen. Insofern erscheint sie dem Vergleiche des Bürgerlichen Rechtes verwandt. (§ 779 BGB.) Es wird sogar die Ansicht vertreten, daß die Klausel nichts anderes als ein Vergleich, allerdings mit bedingtem Inhalt, sei.[21]) Der Streit soll nach Abschluß der Klausel nach der einen oder der anderen Seite erledigt sein, je nachdem der Schiedsgutachter über eine bestimmte Tatsache befinde. Damit trete an die Stelle des bisherigen unbedingten materiellen Verhältnisses, das subjektiv unbestimmt sei, ein objektiv bedingtes Verhältnis.

[19]) Nach Kisch S. 30 soll den Parteien im allgemeinen kein förmliches Recht auf Schiedsgutachten zustehen, sondern nur dann, wenn die Mitwirkungspflicht ausdrücklich festgestellt worden ist. Abgesehen davon, daß das letztere wohl immer zutreffen wird, wenn nach dem Vertrage beide Parteien die Schiedsgutachterstelle zu bestimmen haben, ist nicht einzusehen, daß ein Anspruch auf Herbeiführung des Schiedsgutachtens nicht bestehen soll, wenn nur einer Partei die Bestimmung und Zusammensetzung der Schiedsgutachterstelle obliegt. Wenn Kisch S. 33 sagt, eine solche Verpflichtung bestehe jedenfalls dann nicht, wenn die Parteien gleich beim Abschluß der Schiedsgutachterklausel alles zum Zustandekommen eines Schiedsgutachtens Erforderliche veranlassen, so übersieht er, daß die Mitwirkungspflicht in diesem Falle in der Unterlassung all dessen, was das Zustandekommen noch hindern könnte, besteht, mag sie sich auch in dieser Unterlassungspflicht erschöpfen.

[20]) Beide Parteien wollen einen gemeinsamen Zweck, die Erstattung des Schiedsgutachtens, erreichen.

[21]) Kohler Beiträge S. 158.

Dieser Argumentation ist entgegengehalten worden, daß ein Vergleich sich nur auf ein ungewisses oder streitiges Rechtsverhältnis beziehe, die Klausel aber nur auf eine Voraussetzung dieses Rechtsverhältnisses[22]), daß daher bei wirksamem Vergleichsabschluß die von den Parteien geregelten Rechtsbeziehungen in der gewollten Gestalt bestünden, bei Abschluß der Klausel jedoch noch keineswegs ein Anspruch selbst bestehen müsse, da es noch an sonstigen Voraussetzungen fehlen könne.
Mit einer derartigen Begründung ist jedoch ein begrifflicher Unterschied zwischen Vergleich und Schiedsgutachterklausel noch nicht dargetan; bei der Schiedsgutachterklausel soll zwar nur eine Voraussetzung eines Anspruchs festgestellt werden, aber trotzdem handelt es sich doch auch um die Regelung des Schuldverhältnisses in seiner Gesamtheit. Durch die Schiedsgutachterklausel wird der Streit bezüglich einer Voraussetzung dieses Rechtsverhältnisses beseitigt. Da vorerst aber nur diese Voraussetzung streitig oder ungewiß gewesen ist, kann es nicht darauf ankommen, daß ein Anspruch unter Umständen nicht besteht. Die umstrittene Voraussetzung prägt doch dem gesamten Rechtsverhältnis den Charakter einer streitigen oder ungewissen Rechtsbeziehung auf. Durch den Abschluß der Schiedsgutachterklausel wird also ein vorliegender Streit aus der Welt geschafft, die Rechtsbeziehung, wie sie sich im Augenblick darstellt, abschließend geregelt. Daß aus einem ganz anderen Gesichtspunkte später einmal das Bestehen eines Anspruchs streitig wird, kann also nicht gegen die Vergleichsnatur der Schiedsgutachterklausel eingewandt werden. Auch zum Wesen des Vergleichs gehört ja nicht, daß nun überhaupt ein Streit über das Rechtsverhältnis unmöglich wird, sondern nur, daß der zum Abschluß des Vergleichs führende Streitpunkt endgültig beseitigt wird.
Ein weiterer Unterschied zwischen Vergleich und Schiedsgutachterklausel soll darin bestehen, daß die Festsetzung im Vergleich prinzipiell willkürlich sein könne, die Feststellung des Gutachtens dagegen annähernd richtig sein müsse, da es sonst wegen offenbarer Unbilligkeit unwirksam sei.[23]) Bei dieser Unterscheidung wird jedoch übersehen, daß gar nicht der Unterschied zwischen Vergleich und Schiedsgutachten, sondern zwischen Vergleich und Schiedsgutachterklausel in Frage steht. Nicht erst durch die Erstattung des Gutachtens wird der vorliegende Streit beigelegt, sondern bereits durch die Vereinbarung, daß der Streitpunkt durch Schiedsmänner aufgeklärt werden solle. Ob das Gutachten wirksam ist oder nicht, betrifft eine ganz andere Frage und ist ein völlig neuer Streitpunkt. Der ursprüngliche Streit ist mit der Vereinbarung

[22]) So Kisch S. 14.
[23]) Kisch S. 15.

der Klausel erledigt, soweit nicht etwa die Gültigkeit der Klausel selbst bestritten wird.

Der Unterschied zwischen Vergleich und Schiedsgutachterklausel ist vielmehr wohl darin zu erblicken, daß von einem gegenseitigen Nachgeben der die Klausel abschließenden Parteien nicht gesprochen werden kann. Gegenseitiges Nachgeben heißt: Jeder muß dem Anderen gegenüber innerhalb der zwischen ihnen bestehenden Schuldbeziehung ein Opfer bringen.[24]) Die Vereinbarung, daß nicht die ordentlichen Gerichte, sondern eine Schiedsgutachterstelle über eine streitige Voraussetzung entscheiden soll, ist nach dem Empfinden der Vertragsparteien aber kein Opfer, keine Verschlechterung ihrer Rechtsposition: Ganz im Gegenteil glaubt jede Partei, daß ihre Rechtsstellung durch den Spruch der Schiedsgutachter rascher, richtiger und besser geklärt werde, als durch eine gerichtliche Entscheidung. Jede Partei gesteht der anderen also eine Verstärkung ihrer rechtlichen Stellung zu, ohne das Bewußtsein zu haben, in der eigenen Position eine Einbuße zu erleiden. Der Vergleich dagegen veranlaßt die Parteien gerade dazu, bei der ihnen nach ihrer Überzeugung rechtmäßig zustehenden Position Zugeständnisse zu machen, die diese Stellung verschlechtern, also „von ihrem Anspruch oder ihrer Verteidigung etwas preiszugeben".[25]) Wenn danach in der Schiedsgutachterklausel kein Vergleich erblickt werden kann, da eines der wichtigsten Wesensmerkmale des Vergleiches, nämlich das gegenseitige Nachgeben, fehlt, so entfällt auch die oben angeführte Kohler'sche Ansicht von der Natur der Schiedsgutachterklausel als einem Vergleich mit bedingtem Inhalt.

[24]) RG. 89, 262, JW. 1911, 614, 18, RGR. Komm. zu § 779 Anm. 4.
[25]) So Kisch S. 15.

II. *Die Schiedsgutachterklausel als Anerkenntnis*

Abzugrenzen ist ferner die Schiedsgutachterklausel gegenüber dem Anerkenntnis. Auch mit dem Anerkenntnis soll nach dem Parteiwillen ein Streit über das Bestehen oder den Umfang eines Rechtsverhältnisses beseitigt werden. Während jedoch das Anerkenntnis nur eine Bindung für den Anerkennenden herbeiführt, werden durch die Klausel beide Parteien in gleicher Weise verpflichtet; das Anerkenntnis schafft weiter nur Verpflichtungen für den Anerkennenden, während die Klausel auch Rechte für die Vertragsparteien, und zwar für beide, erzeugt. Schließlich wird aber mit der Vereinbarung, daß über die Voraussetzungen eines Anspruchs Dritte entscheiden sollen, keineswegs anerkannt, daß dieser Anspruch in Wirklichkeit besteht. Sicher ist also ein Anerkenntnis dann nicht als vorliegend zu erachten, wenn die Forderung, über deren Voraussetzung zu entscheiden ist, noch gar nicht entstanden ist, wenn z. B. bei Abschluß eines Versicherungsvertrages von vornherein einer Schiedsgutachterstelle die Entscheidung gewisser Fragen, die sich jedoch erst bei Vorliegen des anspruchserzeugenden Umstandes erheben können, übertragen wird. Aber auch für den Fall, daß die Schiedsgutachterklausel erst nach Eintritt dieses Umstandes abgeschlossen wird, kann in dieser Vereinbarung kein Anerkenntnis, auch nicht ein durch den Spruch der Schiedsgutachterstelle bedingtes, erblickt werden. Das Bestehen eines Anspruchs hängt von einer Anzahl verschiedener Umstände ab. Soll einer dieser Umstände bindend festgestellt werden, so wird damit von keiner Seite das Bestehen des Anspruchs als solchen anerkannt. Sämtliche anderen Voraussetzungen des Anspruchs soll und muß die verpflichtete Partei auch noch nach Abschluß der Schiedsgutachterklausel untersuchen, und bei Nichtvorhandensein einer von ihnen die Erfüllung des Anspruchs verweigern können.[26])

In dem Abschluß der Schiedsgutachterklausel kann also ein Anerkenntnis nicht erblickt werden. Anders ist zu entscheiden, wenn nach Abschluß der Klausel die verpflichtete Partei — der Versicherer etwa — an die vereinbarte Stelle herantritt mit dem Ersuchen, das Gutachten zu er-

[26]) Daß unter Umständen in dem Abschluß einer Vereinbarung, nach welcher bestimmte Voraussetzungen von Dritten festgestellt werden sollen, ein bedingtes Anerkenntnis liegen kann, führt Kisch S. 16 aus. Ein solcher Vertrag könne aber nur dann vorliegen, wenn die Vereinbarung dahin gehe, daß der Anspruch, so wie er in der von dem Dritten festgelegten Form erscheint, anerkannt werde. In diesem Falle liege aber eine Schiedsgutachterklausel nicht vor. Daher sei auch unerheblich, ob der Spruch offenbar unbillig sei. In diesem Falle handelt es sich aber wohl um eine Vereinbarung, die dieselben Wirkungen hervorruft, als wenn ein Dritter eine Bestimmung nach freiem Belieben treffen soll. Daß dieser Fall nicht unter den Begriff der dem Schiedsgutachter obliegenden Tätigkeit einzuordnen ist, wurde bereits oben ausgeführt.

statten. Damit bringt er zum Ausdruck, daß er alle übrigen Voraussetzungen der Forderung anerkennt, mithin auch den Anspruch in der Form, wie ihn die Schiedsgutachterstelle festsetzen werde. Hier liegt also wirklich ein bedingtes Anerkenntnis vor,[27]) das jedoch nicht etwa die bereits abgeschlossene Schiedsgutachterklausel rückwirkend zu einem Anerkenntnis macht.

[27]) In der Rechtsprechung (vgl. OLG. Hamburg vom 29. 1. 1926 in JR. 1926, 201) wird ebenfalls nicht verkannt, daß in einem derartigen Verhalten ein Anerkenntnis liegt. Bruck zu § 64 VVG. Anm. 1 bezeichnet es als ein Anerkenntnis dem Grunde nach.

III. *Die sogenannte Bedingungstheorie*

Die heute vorherrschende Ansicht[28]) sieht in dem Abschluß der Schiedsgutachterklausel eine Verfügung über die Forderung dergestalt, daß die Forderung durch den Erlaß des Schiedsgutachtens bedingt sein soll. Vor Erlaß des Schiedsgutachtens soll eine Verpflichtung zur Leistung noch nicht bestehen, eine Klage auf Erfüllung müsse, als zur Zeit unbegründet, abgewiesen werden.

Dies ist jedoch einmal in materieller Hinsicht unrichtig und führt zu unerträglichen Konsequenzen, sobald vor Erlaß des Schiedsgutachtens ein Rechtsstreit um die Forderung vor den ordentlichen Gerichten zur Austragung gelangt.

1. Nach der Definition des RG.,[29]) die allgemeine Anerkennung gefunden hat, ist „Bedingung" die einem Rechtsgeschäft zugefügte Bestimmung, durch welche seine Rechtswirkungen von einem zukünftigen, ungewissen Ereignis abhängig gemacht werden. Bei der Schiedsgutachterklausel wäre dieses zukünftige ungewisse Ereignis die Erstattung des Schiedsgutachtens. Mit dem Erlaß des Schiedsgutachtens wäre also die Bedingung eingetreten, und erst von diesem Zeitpunkt ab bestände eine Forderung, während bis dahin das gesamte Rechtsverhältnis sich in einer Schwebelage befunden haben würde.

Diese sogenannte Bedingungstheorie würde, konsequent durchgeführt, zu folgendem Ergebnis führen: Ergibt sich, daß die Erstattung eines Schiedsgutachtens unmöglich oder das erstattete Schiedsgutachten unwirksam ist und die Erstattung eines neuen Gutachtens nicht vorgesehen war, so steht nunmehr fest, daß die Bedingung ausgefallen ist, damit also keinerlei Ansprüche mehr bestehen.[30])

Diesem Ergebnis kann nicht entgegengehalten werden, daß in solchen Fällen die Bestimmung der Leistung nach dem Gesetzeswortlaut durch Urteil zu erfolgen habe. Ein derartiges Urteil würde konstitutive Wirkungen haben, insofern es eine Forderung, die nicht mehr existiert, aufs neue schafft. Eine solche Bedeutung wollte aber der Gesetzgeber zweifellos dem in § 319 BGB. vorgesehenen Urteil nicht verleihen. Es sollten lediglich Tatumstände jetzt wieder der Nachprüfung des Gerichts unterliegen, die ihr ehedem nicht unterlagen. Es wäre auch überaus merkwürdig, wenn eine Forderung, die nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht besteht (§ 158 BGB.), ins Leben gerufen werden könnte. Dieses Ergebnis beweist also schon zur Genüge, daß der Bestand eines

[28]) Hauptvertreter Kisch S. 103, vgl. auch Rau S. 286.
[29]) Vgl. RGR. Komm. Vorbem. zu § 158 Anm. 1.
[30]) Weißmann S. 326 sagt ebenfalls, daß das Schiedsgutachten nicht zur Vervollständigung des Vertrages diene, andernfalls müsse der Vertrag ohne Schiedsgutachten unvollständig und daher wirkungslos sein.

Anspruchs von der Erstattung des Schiedsgutachtens nicht bedingt sein kann. Noch ein anderer, sich aus dem Wesen der Bedingung ergebender Umstand spricht gegen die Bedingungstheorie:

Wie oben ausgeführt, ist es die Aufgabe der Schiedsgutachter, den Parteien Unbekanntes, aber bereits Vorhandenes, zu einer bekannten Größe zu machen. Die Parteien sind sich darüber einig, daß der Anspruch besteht bezw. nicht besteht, je nachdem die Schiedsgutachter ihnen das Vorhandensein der ihnen noch unbekannten Voraussetzung bestätigen werden oder nicht. Daß nun durch diese anspruchserzeugenden, den Parteien jedoch noch nicht bekannten Voraussetzungen der Anspruch bedingt sein soll, wird niemand behaupten können. Den Anspruch ausdrücklich von den anspruchserzeugenden Tatsachen abhängig machen, heißt eine notwendige Bedingung des Anspruches setzen, die jedoch keine Bedingung im Rechtssinne ist. Wenn aber der Anspruch von dem Vorliegen seiner Voraussetzungen nicht bedingt — im Rechtssinne — sein kann, so kann er ebensowenig von der Offenbarung dieser Voraussetzungen gegenüber den Parteien abhängig sein. Ebensowenig wie ein bedingter Anspruch vorliegt, solange nicht das Gericht über etwelche der Anspruchsvoraussetzungen entschieden hat, kann von einer Bedingung die Rede sein, wenn die Nachprüfung des Vorliegens bestimmter Tatsachen nicht dem Gericht, sondern einer anderen Stelle übertragen ist.[31])

2. Die praktische Konsequenz der Theorie, die in der Schiedsgutachterklausel eine Bedingungssetzung erblicken will, wirkt sich vor allem im Prozeß aus und zwar zu Ungunsten desjenigen, der die umstrittene Forderung für sich in Anspruch nimmt.

Der Verpflichtete wird meistens seine Verpflichtung zur Leistung bestreiten und zwar werden seine Einwendungen verschieden sein, je nach der Art der Klage, die der Berechtigte angestrengt hat.

Der Berechtigte hat drei prozessuale Möglichkeiten, gegen den Verpflichteten vorzugehen[32]):

Klage auf Leistung. Vor Erlaß des Schiedsgutachtens ist die Bedingung noch nicht eingetreten. Infolgedessen fehlt es an einer Voraussetzung des Anspruchs. Es steht fest, daß der Beklagte jedenfalls augenblicklich zur Leistung nicht verpflichtet ist.[33])

[31]) Eine echte Bedingung wird allerdings dann vorliegen, wenn es den Parteien nicht auf das Gutachten als solches, sondern auf den Spruch einer bestimmten Person ankommt. In diesem Fall soll nach dem Willen der Parteien ein Anspruch erst dann bestehen, wenn der Dritte gesprochen hat (Weißmann S. 327).
[32]) Salinger S. 143 ff.
[33]) Kisch S. 104.

Das Resultat ist also, daß eine solche Klage als zur Zeit unbegründet abzuweisen ist.[34]) Daß die Kostenlast der abgewiesenen Partei zufällt, ist selbstverständlich.

Klage auf Feststellung, daß eine Leistungspflicht nach Maßgabe des zu erstattenden Gutachtens bestehe. Die Zulässigkeit einer derartigen Feststellungsklage wird von Rau[35]) mit der Begründung abgelehnt, daß bedingte Feststellungsurteile nicht zulässig seien. Nach herrschender Ansicht ist allerdings eine solche Feststellungsklage möglich.[36])

Die Feststellungsklage mit dem oben erwähnten Inhalt versagt jedoch in dem wohl am häufigsten vorkommenden Fall, daß nämlich keinerlei Streit über die sonstigen Voraussetzungen eines Anspruchs besteht, ihr Vorliegen allseitig anerkannt wird, mit Ausnahme der durch Schiedsgutachten zu klärenden Fragen. In diesem Fall fehlt es nämlich an dem nach § 256 ZPO. erforderlichen rechtlichen Interesse, da ja durch das Feststellungsurteil nur Unstreitiges festgestellt werden würde.[37])

Mag auch von diesem Fall, der allerdings wohl die Regel darstellt, abgesehen, eine Feststellungsklage Erfolg haben, so wird damit dem Anspruchsberechtigten nichts genutzt. Das Feststellungsurteil ist nicht vollstreckbar. Zwar hat das Gericht ausgesprochen, daß ein Anspruch nach Maßgabe des von der Schiedsgutachterstelle zu fällenden Spruchs bestehe. Trotzdem wird in Zukunft eine Leistungsklage solange abgewiesen werden, als nicht das Schiedsgutachten erbracht ist.

Die dem Berechtigten verbleibende letzte Möglichkeit besteht darin, den Verpflichteten auf dessen Mitwirkung beim Zustandekommen des Schiedsgutachtens — also etwa auf Auswahl der Schiedsmänner, auf Zugängigmachung des notwendigen Materials etc. zu verklagen. Eine derartige Mitwirkungspflicht ist, wie oben ausgeführt wurde, in allen Fällen vorhanden, so daß theoretisch eine solche Klage Aussicht auf Erfolg haben würde. Praktisch wird die Sachlage jedoch so sein, daß der Mitwirkungsverpflichtete geltend macht, eine andere als die durch Schiedsgutachten nachzuweisende Anspruchsvoraussetzung liege nicht vor. Dann muß das gesamte Rechtsverhältnis zum Gegenstand des Prozesses gemacht werden, denn selbstverständlich besteht eine Verpflichtung zur Mitwirkung beim Zustandekommen des Gutachtens dann nicht, wenn feststeht, daß aus irgendeinem anderen Grunde ein Anspruch überhaupt

[34]) So OLG. Frankfurt in JW. 1920, S. 500.
[35]) a. a. O. S. 286.
[36]) Kisch S. 108, RG in APV., 3. 70, RG. 113, S. 207 gestattet z. B eine Feststellungsklage für den Fall einer bestimmten künftigen Gestaltung der Sachlage durch eine Handlung einer Partei.
[37]) RG. in APV., 3, S. 180.

nicht vorhanden sein kann. Das doch eigentlich der Klage, die auf Erfüllung des fraglichen Anspruches selbst gerichtet ist, vorbehaltene Rechtsverhältnis muß also erst vollständig aufgerollt werden mit dem einzigen Resultat, daß der Berechtigte unter Umständen schließlich den Gegner zur Mitwirkung beim Zustandekommen des Schiedsgutachtens zwingen kann. Daß eine Zwangsvollstreckung aus einem derartigen Urteil erheblichen Schwierigkeiten begegnet — es handelt sich um die Erzwingung einer nicht vertretbaren Leistung (§ 888 ZPO.) — leuchtet ein; selbst wenn aber der Berechtigte das Zustandekommen eines Schiedsgutachtens zuwege gebracht hätte, muß er immer noch, im Falle der Leistungsverweigerung des Verpflichteten, einen Prozeß auf Leistung anstrengen, in welchem er jetzt das Schiedsgutachten zum Nachweise dafür, daß die Bedingung eingetreten sei, vorlegen muß.

Das Resultat, zu dem die Bedingungstheorie führt, wäre also zusammengefaßt folgendes:

Die Leistungsklage ist vor Erlaß des Schiedsgutachtens unbegründet. Die Feststellungsklage ist in Ausnahmefällen zwar möglich, jedoch unpraktisch, da das Urteil nicht vollstreckbar ist. Die Klage auf Mitwirkung führt für gewöhnlich erst nach längerer Zeit zum Ziel, ohne grundsätzlich eine Leistungsklage zu erübrigen.

3. Der einzige Ausweg aus diesem Dilemma könnte nur darin bestehen, dem Prozeß auf Leistung auch für den Fall, daß das Schiedsgutachten noch nicht erbracht ist, Fortgang zu gestatten, derart, daß möglichst alle Streitpunkte innerhalb desselben Verfahrens geklärt werden.

Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, ist vorgebracht worden, daß, wenn ein Anspruchsgegner schuldhaft seiner Mitwirkungspflicht nicht nachkomme, er sich auf die Schiedsgutachterklausel nicht mehr berufen könne.[38]) Klagt also der Anspruchsberechtigte auf Leistung, so kann nach dieser Ansicht der Gegner, falls er schuldhafterweise beim Zustandekommen des Schiedsgutachtens nicht mitgewirkt hat, nicht mehr geltend machen, daß ein Schiedsgutachten noch nicht erbracht sei und es daher noch an einer Voraussetzung des Anspruchs fehle. Der Kläger darf dann die streitige Frage sofort dem Gericht unterbreiten.

Eine solche Konstruktion dürfte jedoch kaum zu rechtfertigen sein. Die Schiedsgutachterklausel enthält, wie oben ausgeführt, auch einen obligatorischen Vertrag, der auf Mitwirkung gerichtet ist. Wird eine Verpflichtung aus einem obligatorischen Vertrage aber schuldhafterweise nicht erfüllt, so gerät der Verpflichtete in Verzug. Daß aber zu den

[38]) Salinger S. 143 ff.

Verzugsfolgen ohne weiteres Rechtsverlust gehört, ergibt sich nirgends.[39]) Nach Dernburg[40]) kann allerdings Verzug den Verlust eines Rechtes herbeiführen, jedoch nur, „wenn dies aus der Natur des Rechts folgt oder nach der besonderen Sachlage durch Billigkeit gerechtfertigt ist". Daß hier ein Rechtsverlust eintreten soll, weil ein besonders geartetes Recht vorliegt, ist nicht einzusehen. Daß es unbillig erscheint, wenn der Gegner die Mitwirkung verweigert, weil er aus einem anderen Grunde einen Anspruch für überhaupt nicht vorliegend erachtet und er daher die Erstattung eines Schiedsgutachtens für überflüssig hält, kann nicht behauptet werden. Es ist sogar fraglich, ob in dem zuletzt geschilderten Fall ein Verschulden des Anspruchsgegners erblickt werden kann, wie es Salinger will. Bei Nichtvorliegen von Verschulden kann aber erst recht ein Rechtsverlust nicht eintreten.

Mit Hilfe dieser Konstruktion läßt sich also zwar die Zulässigkeit einer Leistungsklage vor Erlaß des Schiedsgutachtens begründen, mit dem Ergebnis, daß die Klage nicht mehr als unbegründet abgewiesen werden kann. Die gegen diese Konstruktion sprechenden Bedenken überwiegen jedoch wohl, so daß also ein anderer Ausweg zu suchen ist; die Bedingungstheorie jedenfalls führt zu untragbaren Ergebnissen und ist auch in materieller Hinsicht nicht haltbar. Die Lösung der Schwierigkeiten kann aber nur eine Konstruktion ergeben, die einerseits die materielle Natur der Schiedsgutachterklausel richtig würdigt, andererseits prozessuale Schwierigkeiten nicht entstehen läßt.

[39]) Falls in dem obligatorischen Teil der Schiedsgutachterklausel ein gegenseitiger Vertrag liegen sollte, könnten sich höchstens Rücktrittsrechte nach § 326 BGB. ergeben. Dazu bedarf es aber erst einer Fristsetzung; ohne weiteres tritt Rechtsverlust auch in diesem Falle nicht ein.

[40]) Dernburg Pandekten 1900 § 41 Ziff. 4.

IV. *Hinauszögerung der Fälligkeit des Anspruchs durch den Abschluss der Schiedsgutachterklausel?*

Dieses Ergebnis wird auch nicht mit derjenigen Theorie erreicht, die annimmt, daß die Fälligkeit des Anspruchs durch die Klausel bis zu dem Erlaß des Schiedsgutachtens hinausgeschoben werde.[41])

Die Fälligkeit der Forderung tritt zu dem im Vertrage oder nach dem Gesetze festgelegten Zeitpunkt ein, ohne Rücksicht auf den Abschluß der Schiedsgutachterklausel. Sicherlich tritt in dem nach den allgemeinen Regeln geltenden Zeitpunkt die Fälligkeit für den Fall ein, daß sich die Parteien über die von der Schiedsgutachterstelle zu entscheidenden Punkte einig sind und daher die Einholung eines Schiedsgutachtens für nicht mehr erforderlich halten. Warum nun in diesem Falle angenommen werden soll, daß die Leistungspflicht auf der einen, die Geltendmachung des Forderungsrechts auf der anderen Seite zunächst auf einen späteren Zeitpunkt verlegt werden soll, dann aber, wenn die Parteien ein Schiedsgutachten nicht mehr für notwendig erachten, die Fälligkeit wieder auf den ursprünglich festgelegten Zeitpunkt zurückdatiert werden soll, ist nicht einzusehen. Aber auch in dem Fall, daß die Schiedsgutachterklausel bestehen bleibt, müßte die Annahme, daß durch den Abschluß der Klausel die Fälligkeit hinausgeschoben wird, entsprechend den bei der Ablehnung der Bedingungstheorie gemachten Ausführungen zu dem Resultat führen, daß die Fälligkeit einer jeden Forderung solange ausstehe, als nicht das Gericht die streitigen Tatsachen, auf die sich die Forderung gründet, geklärt hat. Auch hier kann es doch nicht darauf ankommen, ob die Feststellung dieser Tatsachen dem Gericht oder einer anderen Stelle übertragen ist.

Gegen diese Auffassung könnte eingewandt werden, daß, wenn die Forderung schon vor Erlaß des Schiedsgutachtens fällig sei, auch der Verpflichtete schon vor diesem Zeitpunkt ohne weiteres in Verzug geraten würde, falls er nicht leistet. Diese Folgerung ist jedoch sicherlich von den Parteien nicht gewollt und würde außerdem auch wohl zu unbilligen Ergebnissen führen.

Zum Eintritt des Schuldnerverzugs ist aber außer Fälligkeit und evtl. Mahnung auch ein Verschulden des Verpflichteten erforderlich. Von einem Verschulden wird aber dann nicht die Rede sein können, wenn der Schuldner deswegen nicht leistet, weil ihm der Umfang oder die Existenz eines Anspruchs noch unbekannt sind. Sicherlich ist weiterhin in der Schiedsgutachterklausel eine Vereinbarung zu erblicken, daß bei Unkenntnis über das Bestehen der Verpflichtung — mag diese Unkenntnis auch auf Fahrlässigkeit beruhen — die Haftung für Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein soll (§ 276 BGB.). Die Haftung für Vorsatz kann

[41]) Kisch S. 103.

allerdings nicht ausgeschlossen werden. Weiß also der Verpflichtete genau um die Existenz und den Umfang des gegen ihn bestehenden Anspruchs und leistet er trotzdem nicht, sondern verlangt er erst den Spruch der Schiedsgutachterstelle, so besteht auch kein Bedenken, warum er nicht vor Erstattung des Schiedsgutachtens in Verzug geraten sollte.
Der Annahmeverzug des Berechtigten setzt allerdings kein Verschulden voraus. Es ist aber auch keineswegs unbillig, daß er in Annahmeverzug gerät, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt, falls nachträglich das Schiedsgutachten die Richtigkeit des Angebotenen feststellt. Geht die im Schiedsgutachten festgestellte Leistungspflicht über die dem Berechtigten angebotene Leistung hinaus, so mag er den Rest nachträglich verlangen. Es ist nicht einzusehen, in welchem Umstande ein Nachteil für ihn zu erblicken wäre, wenn er einen Teil der ihm geschuldeten Leistung schon vor Erlaß des Schiedsgutachtens annehmen muß. Damit dürften die Bedenken, die gegen den Eintritt der Fälligkeit vor Erlaß des Schiedsgutachtens sprechen, als unbegründet erscheinen.

D. Die Schiedsgutachterklausel als Beweisvertrag

Die Schiedsgutachterklausel ist also weder Vergleich noch Anerkenntnis, sie macht die Forderung aus dem Hauptvertrage weder zu einer bedingten, noch schiebt sie die Fälligkeit hinaus.[42])

Soweit sich feststellen läßt, besteht aber in der gesamten Literatur und Rechtsprechung darüber Einigkeit, daß das materiell und formell gültig zustande gekommene Schiedsgutachten das Gericht bindet. Prüfung und Beweiserhebung über die in der Klausel bestimmten Tatsachen sind dem Gericht entzogen und der Schiedsgutachterstelle übertragen. Wenn, wie gezeigt wurde, diese Tatsache nicht aus einer Veränderung des streitigen Anspruchs, hervorgerufen durch den Abschluß der Klausel, gefolgert werden kann, so kann der Inhalt der Klausel nur unmittelbar darauf gerichtet sein, die Prüfung von Tatsachen und die Beweiserhebung darüber dem Gericht zu entziehen.[43]) Die rechtliche Natur einer Vereinbarung mit derartigem Inhalt ist demnach zu untersuchen; die Fragestellung ist also folgende:

I. *Die Zulässigkeit von Beweisverträgen.*

Ist das Gericht an einen Vertrag gebunden, nach welchem über eine bestimmte Tatsache nur durch ein einziges besonderes Beweismittel Beweis erhoben werden kann und darf es auf andere Beweisantritte in bezug auf die streitige Tatsache nicht eingehen, bevor nicht feststeht, daß dieser Beweis nicht zu erbringen oder wenn er erbracht wird, vom Gericht seiner Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden darf? (Offenbare Unbilligkeit.) Ein derartiger Vertrag — seine Gültigkeit vorausgesetzt — ruft Bindungen nur auf prozessualem Gebiete hervor, er gehört also zu den sogenannten Prozeßverträgen oder, wie sie auch bezeichnet werden, Verträgen mit prozeßrechtlicher Wirkung.[44])

Derartige Verträge sind keine Prozeßhandlungen, ihr Tatbestand unterliegt lediglich den Vorschriften des Bürgerlichen Rechts. Die Frage nach der Geschäfts- und Willensfähigkeit, der Stellvertretung, dem Einfluß von Willensmängeln, richtet sich grundsätzlich nur nach den entsprechenden Vorschriften des BGB., da die Prozeßhandlungen einzeln und er-

[42]) Ganz unbestimmt ist die Behauptung, daß durch die Schiedsgutachterklausel eine neue privatrechtliche Voraussetzung für den Anspruch geschaffen werden solle (Kisch S. 104). Darin kann wohl nur eine Wiederholung der Theorie von der bedingenden Natur der Schiedsgutachterklausel gesehen werden.

[43]) Wie schon mehrfach ausgeführt wurde, will die Schiedsgutachterklausel den objektiv bereits feststehenden Anspruch nicht abändern, sie will nur zu seiner leichteren und sachgemäßeren Durchsetzung verhelfen.

[44]) So Rosenberg S. 160, Oertmann ZZP. 45. S. 403.

schöpfend von der ZPO. geregelt sind. Die Lehre,[45]) die derartige Verträge als reine Prozeßhandlungen auffaßt, hat keinerlei Stütze im Gesetz. Die dritte Meinung,[46]) die in derartigen Verträgen gleichzeitig Prozeßhandlungen und Rechtsgeschäfte des Bürgerlichen Rechts sieht, führt zu unlösbaren Schwierigkeiten, sobald die Vorschriften des Bürgerlichen Rechts von denen des Prozeßrechts abweichen.[47])

Soweit nun aber derartige Rechtsgeschäfte unmittelbare prozessuale Folgen haben oder erstreben, kann sich ihre Zulässigkeit nur nach Prozeßrecht richten.[48]) Die Schiedsgutachterklausel erstrebt lediglich einen solchen prozessualen Erfolg: Das Gericht soll nicht berechtigt sein, einen anderen Beweis, als das von den Parteien vereinbarte Schiedsgutachten über eine bestimmte Frage zu erheben. Weiter soll die fragliche Tatsache bei ordnungs- und sachgemäßer Abgabe des Schiedsgutachtens als erwiesen bezw. als nicht erwiesen gelten, je nachdem das Schiedsgutachten ausfällt. Das Gericht mag dann dem Ergebnis dieser Beweisaufnahme entsprechend den Anspruch zu- oder aberkennen.

Verträge mit derartigem Inhalt werden in Literatur und Rechtsprechung als Beweisverträge bezeichnet.[49])

Die überwiegende Meinung hält solche Verträge für rechtlich nicht zulässig.[50]) Es wird gesagt, daß ein Verzicht auf ein bestimmtes Beweismittel nicht möglich sei, daß der Richter nicht gehindert werden könne, Beweismittel zu gebrauchen, welche entweder von einer Partei vorgeschlagen worden seien oder dem Richter von Amtswegen zuständen. Außerdem sei ein solcher Vertrag mit dem Prinzip der freien Beweiswürdigung (§ 286 ZPO.) nicht vereinbar. Die Möglichkeit, aus einem erbrachten Beweise den einen oder den anderen Schluß zu ziehen, könne dem Richter nicht genommen werden.

Die grundsätzliche Frage, ob diese Argumentation allgemein der Zulässigkeit eines jeden Beweisvertrages entgegensteht, soll und kann im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht erörtert werden. Hier

[45]) So z. B. Kohler in ZZP. 30, 154, nach dessen Ansicht Rechtsgeschäfte, die an und für sich dem Zivilrecht angehören, mit ihrer Hineinziehung in den Prozeß zu Prozeßhandlungen werden.

[46]) Goldschmidt Lehrbuch S. 208 hält z. B. den Prozeßvergleich für eine Verbindung zwischen Prozeßhandlung und zivilrechtlichem Vertrag.

[47]) Rosenberg S. 161 führt hierfür den Fall der Aufrechnung an. Als Prozeßhandlung kann sie auch in Abwesenheit des Gegners, als Rechtsgeschäft, das dem BGB. untersteht, nur an die Gegenpartei als Erklärungsempfänger abgegeben werden.

[48]) Rosenberg S. 160.

[49]) Kohler a. a. O. S. 157, Marcus im Recht 1912 S. 92, RG 96, S. 57 ff.

[50]) Rosenberg S. 160, Kisch S. 105, Kohler S. 157, RG. 96, S. 57, Bülow Arch. Ziv.Prax. 64, S. 1 ff.

steht lediglich in Frage, ob auch die Konstruktion der Schiedsgutachterklausel als eines solchen Beweisvertrages mit Hilfe der oben erwähnten Gründe abzulehnen ist.

1. Die Fragestellung muß also zunächst folgende sein:
Können sich die Parteien mit bindender Wirkung für das Gericht verpflichten, andere Beweismittel als das Schiedsgutachten nicht im Prozesse geltend zu machen?

Im heutigen Zivilprozeß gilt grundsätzlich, im Gegensatz zu früheren Regelungen des Prozeßrechts, das Prinzip der Verhandlungsmaxime. Wo die Verhandlungsmaxime zugunsten der Inquisitionsmaxime durchbrochen ist, obwalten öffentliche Interessen, wie z. B. im Ehe- und Kindschaftsprozeß. Das Wesen der Verhandlungsmaxime besteht nun in Folgendem: Die Parteien führen den Streitstoff in den Prozeß ein. Sie entscheiden über seine Feststellungsbedürftigkeit und seine Feststellung.[51]) Danach muß also eine Behauptung, über deren Wahrheit oder Unwahrheit die Parteien einverstanden sind, auch für das Gericht wahr bezw. unwahr sein.[52])

Wenn aber das bloße Einverständnis der Parteien schon ausreicht, um eine bis dahin umstrittene Tatsache der Prüfung des Gerichts zu entziehen, dann muß auch ein Vertrag, in welchem die Parteien vereinbaren, daß eine Tatsache beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen als bewiesen gelten solle, für das Gericht bindend sein. Denn ob die Parteien vereinbaren, daß eine Behauptung unter allen Umständen als wahr anzusehen sei oder ob sie diese Vereinbarung erst nach Eintritt eines gewissen Ereignisses gelten lassen wollen, muß unerheblich sein.

Nun handelt es sich aber bei der Schiedsgutachterklausel nicht um irgendein beliebiges Ereignis, nach dessen Eintritt die streitige Tatsache als wahr unterstellt werden soll, sondern die Tatsache soll nur in der Form gelten, die ihr von dem Dritten zuerkannt worden ist. Mit anderen Worten also hat das Gericht nach dem Parteiwillen eine außerhalb des prozessualen Verfahrens erfolgte Beweisaufnahme als bindend anzuerkennen und sie seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Daß das Gericht in einem solchen Falle insoweit an die Klausel gebunden ist, als es keine anderen von den Parteien angetretenen Beweise bezüglich der streitigen Frage erheben darf, führt die schon öfters zitierte Entscheidung des RG. Bd. 96, S. 57 ff. aus. Wichtig ist in dieser Entscheidung insbesondere die Feststellung, daß eine Beschränkung auf bestimmte Beweismittel noch nicht das Wesen eines unzulässigen Beweisvertrages ausmache. Benennung und Produktion von Beweismitteln unterliege im Zivilprozeß,

[51]) Rosenberg S. 171.
[52]) JW. 1925, 765, 14.

anders als im Strafprozeß, der Verfügung der Parteien, die darüber entsprechende Vereinbarungen treffen könnten. Daher sei die Schiedsgutachterklausel nicht als Beweisvertrag aufzufassen.
Diese Entscheidung ist in sich widerspruchsvoll. Entweder folgt nämlich das RG. der Ansicht, die die Bindung des Richters an das Schiedsgutachten auf eine durch den Abschluß der Klausel hervorgerufene Änderung des materiellen Anspruchs zurückführt: Dann bedarf es keiner Erörterung mehr darüber, weshalb die Klausel keinen Beweisvertrag darstelle, da sich das Verhalten des Richters lediglich auf die Veränderung des materiellen Rechtsgrundes stützt; oder aber das RG. folgt dieser Ansicht nicht, dann stellt es zwar fest, daß die Benennung von Beweismitteln der Verfügungsmacht der Parteien unterliege, löst jedoch nicht die Frage, weshalb der Richter den ihm durch das Schiedsgutachten erbrachten Beweis nicht gemäß § 286 ZPO. frei würdigen darf. Diese Möglichkeit ist ihm aber nach der Ansicht des RG. entzogen. Wenn aber die Parteien die Beweismittel selbst produzieren können mit der Wirkung, daß das richterliche Recht der freien Beweiswürdigung ausgeschlossen wird, ohne daß dieser Ausschluß auf eine Veränderung des materiellen Rechts zurückzuführen ist, so liegt ein Beweisvertrag in dem oben erörterten Sinne vor. Dann wiederum wäre aber die Behauptung des RG., daß in der Schiedsgutachterklausel kein Beweisvertrag zu erblicken sei, nicht verständlich.
Aus dieser an sich unklaren Entscheidung ergibt sich jedenfalls mit Deutlichkeit, daß eine Verpflichtung der Parteien, sich auf bestimmte Beweismittel zu beschränken, rechtlich zulässig ist. Wenn nunmehr noch dargetan wird, daß der Richter auf Grund dieser Vereinbarung den erbrachten Beweis als für ihn bindend anerkennen muß, so ist damit bewiesen, daß in diesem besonderen Fall ein rechtsgültiger Beweisvertrag vorliegt und möglich ist, während im allgemeinen, wie oben ausgeführt, die Zulässigkeit von Beweisverträgen verneint wird.
2. Der heutige Zivilprozeß wird im Gegensatz zu dem kanonisch gemeinen Recht, wo die sogenannte formelle Beweistheorie — Bindung des Gerichts an starre Beweisregeln — galt, von dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung beherrscht. Dieses Prinzip bedeutet, daß der Richter den Beweiswert oder die Beweiskraft des Beweismittels auf Grund seiner Erfahrung frei würdigt und zwar unter Zugrundelegung aller durch die gesamten Verhandlungen und die Beweisaufnahme zutage getretenen Umstände. Dieser Satz gilt grundsätzlich für alle Beweismittel mit Ausnahme einiger weniger besonders geregelter Fälle, z. B. Parteieid. Festzustellen ist zunächst, welchem der in der ZPO. aufgeführten Beweismittel das Schiedsgutachten zuzurechnen ist; man könnte zweifeln,

ob es als Sachverständigen- oder — da der Spruch der Schiedsgutachterstelle schriftlich niedergelegt wird — als Urkundenbeweis anzusehen sei. Von einem Beweis durch Sachverständige kann nur dann die Rede sein, wenn der Sachverständige vom Gericht benannt wird, wenn für ihn eine Pflicht zum Erscheinen vor Gericht, zum Aussagen und zum Beschwören seiner Aussage besteht. Keines dieser Erfordernisse liegt beim Schiedsgutachter vor. Er wird von den Parteien ernannt, und nur das von ihm schriftlich abgegebene Gutachten soll im Prozeß Beweis der streitigen Behauptungen erbringen. Läge es anders, könnte jede Partei das Schiedsgutachten mündlich vortragen, so müßte, falls die Übereinstimmung der mündlichen Wiedergabe mit dem abgegebenen Gutachten bestritten würde, nochmals Beweis über die Richtigkeit der Wiedergabe erhoben werden. Diese Schwierigkeit entfällt jedoch, wenn das schriftliche Gutachten vorzulegen ist, da bei einer unterschriebenen Privaturkunde nach § 416 ZPO. voller Beweis dafür erbracht wird, daß die in der Urkunde enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern der Urkunde, d. h. also hier von den Schiedsgutachtern, abgegeben worden sind.[53])

Die für den Urkundenbeweis geltenden Beweisregeln lassen nur — unter Umständen — die in der Urkunde enthaltene Erklärung als bewiesen erscheinen. (Sogen. formale Beweiskraft der Urkunde.) Die Bedeutung des Inhalts der Urkunde für die streitige Tatsache kann der Richter aber immer nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung feststellen.[54]) Legt etwa eine der Parteien ein schriftliches Privatgutachten vor, so muß, wenn die Voraussetzung des § 416 ZPO. erfüllt ist, der Richter den Inhalt der Urkunde als von dem Privatgutachter abgegeben ansehen. Nichts kann ihn jedoch daran hindern, diesem Gutachten keinerlei Bedeutung für die Entscheidung beizulegen, etwa, weil er überzeugt war, daß der Gutachter in einem Abhängigkeitsverhältnis zu der betreffenden Partei gestanden hat.

Was ist nun aber der Grund dafür, daß das schriftliche Schiedsgutachten nicht nur formelle, sondern auch materielle Beweiskraft hat, daß der Richter die fragliche Tatsache so, wie sie im Schiedsgutachten festgestellt wurde, seiner Entscheidung zugrunde legen muß?

Der Ausschluß des Rechtes der freien Beweiswürdigung tritt hier deswegen ein, weil einmal die Parteien diesen Ausschluß gewollt haben und weil andererseits ihr Bestreben den Grundsätzen der ZPO. nicht widerspricht. Wenn die Parteien mit Wirkung für das Gericht vereinbaren können, daß von allen möglichen Beweismitteln nur eines, nämlich

[53]) Auch Salinger a. a. O. führt aus, daß es sich bei dem Schiedsgutachten nicht um die Erhebung eines Sachverständigen-, sondern eines Urkundenbeweises handele.

[54]) Vgl. Rosenberg S. 307.

der Urkundenbeweis, herangezogen werden darf und wenn das Gericht dann keine anderen Beweise erheben kann, solange nicht die Erbringung dieses einen unmöglich ist, so müssen die Parteien das Gericht auch in der Hinsicht binden können, daß das Recht der freien Beweiswürdigung bezüglich des Inhalts der Urkunde ebenfalls ausgeschlossen sein soll.
Der Parteiwille ist es also, der die freie Beweiswürdigung an dem schriftlich festgelegten Gutachten ausschließt.
Die §§ 106 und 107 Arb. G.Ges. bestätigen diese Annahme:
Wenn die allseitig anerkannte Bindung der Gerichte an das Schiedsgutachten darauf beruhen würde, daß das Gericht eben nur das durch die Schiedsgutachterklausel materiell geänderte Rechtsverhältnis seiner Entscheidung zugrunde legt, so bedürfte diese Bindung keinerlei Hervorhebung im Gesetz. Die von den Parteien geänderte Rechtslage ist ohne weiteres vom Richter zu berücksichtigen, ohne daß eine Norm diese Verpflichtung noch einmal aussprechen müßte. Die ZPO. enthält auch bezüglich des Schiedsgutachtens keinen derartigen Rechtssatz, so daß also die oben angegriffene Meinung das Fehlen einer derartigen Norm in der ZPO. zur Stützung ihrer Ansicht geltend machen könnte, deswegen nämlich, weil eine Veränderung der materiellen Rechtslage ohne weiteres vom Richter zu berücksichtigen ist und in der Nichthervorhebung dieser Verpflichtung durch das Gesetz eine Anerkennung derjenigen Theorie liege, die in dem Abschluß der Schiedsgutachterklausel eine Veränderung der materiellen Rechtslage erblicken will.
Das Arb.Ger.Ges. sagt jedoch in § 106 Abs. 2 Satz 1:
„Die Vereinbarung (Schiedsgutachterklausel) hat die Wirkung, daß die durch Schiedsgutachten zu entscheidenden Tatfragen der Nachprüfung und Beweiserhebung im arbeitsgerichtlichen Verfahren entzogen sind und daß die Arbeitsgerichtsbehörde an das Schiedsgutachten gebunden ist." Was soll diese ausdrückliche Regelung, wenn sich aus dem Grundsatz der Verhandlungsmaxime schon ohne weiteres ergibt, daß der Richter an die durch die Rechtsgeschäfte der Parteien geschaffene Lage in jedem Falle gebunden ist? Es ist doch nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber einen das Prozeßrecht so allgemein beherrschenden Grundsatz, den die Verfasser der ZPO. ausdrücklich zu statuieren für überflüssig hielten, weil er sich aus dem Wesen des heute geltenden Prozeßrechts von selbst ergibt, für diesen Sonderfall nochmals ausdrücklich hervorheben wollte. Eine derartige Hervorhebung wäre nicht nur überflüssig, sie müßte auch zu Mißverständnissen Anlaß geben. Es könnte doch jetzt anzunehmen sein, daß der oben geschilderte Grundsatz nicht in der Allgemeinheit gelte, wie immer angenommen worden ist, zum mindesten aber, daß er im arbeitsgerichtlichen Verfahren keine Bedeutung habe.

Daß aber das Arbeitsgerichtsgesetz auch nur an irgendeiner Stelle von diesem, das gesamte Recht beherrschenden Grundsatz abgeht, kann nicht behauptet werden.

Eine Wiederholung eines bereits allgemein geltenden Rechtsprinzips kann also der Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 106 Arb. Ger. Ges. nicht beabsichtigt haben. Wenn aber trotzdem das Gesetz diese sorgfältige und eingehende Regelung getroffen hat, so kann damit nur bezweckt sein, die richterliche Beweiserhebung und Beweiswürdigung zufolge eines lediglich auf diesen Erfolg abzielenden Vertrages auszuschließen. § 106 kann daher nur die Sanktionierung der von den Parteien beabsichtigten Rechtswirkung bedeuten.[55])

Die Zulässigkeit einer Verpflichtung, sich nur einzelner bestimmter Beweismittel zu bedienen, ist vom Reichsgericht anerkannt.[56]) Die Bindung des Gerichts an diesen Vertrag und der Ausschluß der freien Beweiswürdigung folgt unmittelbar aus den Vorschriften des Arb.Ger.Ges. Damit ist die Zulässigkeit eines Beweisvertrages in der Form der Schiedsgutachterklausel anerkannt und bewiesen.[57])

Dieser Argumentation kann nicht entgegengehalten werden, daß die Regelung des Arbeitsgerichtsgesetzes nichts über den Standpunkt besagen könne, den die ZPO. bezüglich der Rechtsnatur der Schiedsgutachterklausel einnimmt. Sicher ist jedenfalls, daß die bindende Wirkung der Schiedsgutachterklausel nicht bestritten wird. Wenn der Gesetzgeber aber auf dem Gebiete des arbeitsgerichtlichen Verfahrens die Beweisvertragsnatur der Klausel anerkannt hat, so kann auch in dem ordentlichen Prozeß der Schiedsgutachterklausel kein anderer Charakter beigelegt werden; es handelt sich doch um ein und dasselbe Rechtsgebilde, dessen Voraussetzungen nur ganz geringfügigen Abweichungen innerhalb der beiden Prozeßgesetze unterliegen, dessen Wirkungen aber die gleichen sind. Wenn der Gesetzgeber an einer Stelle die rechtliche Natur dieser Erscheinung authentisch bestimmt hat, so muß diese Bestimmung für das Gebiet des gesamten Prozeßrechts gelten.

[55]) Derselben Auffassung über die Bedeutung des § 106 scheinen Flatow-Joachim zur Überschrift des 3. Abschnitts Anm. 1, zu sein. Dort wird ausgeführt, daß die Schiedsgutachterklausel ein prozeßrechtlicher Vertrag mit prozessualen Wirkungen sei, ebenso anscheinend Rau S. 284: Die Zuständigkeit der Gerichte sei durch Privatvereinbarung ausgeschlossen.

[56]) Bd. 96, S. 57.

[57]) Marcus S. 92 spricht sich ebenfalls für die Beweisvertragsnatur der Schiedsgutachterklausel aus, ohne jedoch seine Meinung näher zu begründen.

II. *Prozessuale Auswirkungen der Beweisvertragstheorie.*

Die Beweisvertragsnatur der Schiedsgutachterklausel zeitigt wichtige prozessuale Folgen. Vor allem werden die oben dargelegten Unbilligkeiten gegenüber demjenigen, der aus dem zugrunde liegenden Vertrag berechtigt ist, vermieden. Klagt dieser jetzt nämlich auf Leistung, so darf, wenn das Fehlen des Schiedsgutachtens eingewandt wird, nicht ohne weiteres Klageabweisung erfolgen. Das Schiedsgutachten soll Beweis über eine streitige Tatsache erbringen. Liegt dieser Beweis bei Klageerhebung noch nicht vor, so nimmt das Verfahren trotzdem ungestört seinen Fortgang. Erst wenn der Beweis bis zur letzten mündlichen Verhandlung nicht erbracht wird, ist die Klage abweisungsreif.[58]) Dieser Satz ergibt sich auch aus § 283 ZPO. Wenn schon bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung ein Beweisantritt zulässig ist, so muß doch erst recht die Erbringung des Beweises zulässig sein.

Die Frage ist jedoch, wie dem Verfahren Fortgang zu ermöglichen ist, wenn das Schiedsgutachten noch nicht erbracht ist und der Gegner, der zur Mitwirkung beim Zustandekommen des Schiedsgutachtens verpflichtet ist, diese Mitwirkung verweigert.

Die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 148 ZPO. dürfte zu verneinen sein. Es handelt sich bei der der Schiedsgutachterstelle unterbreiteten Frage nicht um die Entscheidung eines Rechtsverhältnisses, sondern um die Feststellung von Tatsachen; außerdem hat die Schiedsgutachterstelle keinerlei öffentlich-rechtliche Machtbefugnisse.[59]) Dagegen erscheint es möglich, § 356 ZPO. auf den vorliegenden Fall analog anzuwenden.[60]) Hat das Gericht die Vorlegung des schriftlichen Schiedsgutachtens angeordnet, ist aber das Schiedsgutachten noch nicht ergangen, so trifft zwar der Wortlaut des § 356 ZPO. auf diesen Fall nicht zu. Diese Vorschrift hat sicherlich nur solche Fälle regeln wollen, in denen das Beweismittel bereits vorhanden ist, nicht aber Fälle, in denen es erst noch geschaffen werden muß. Dennoch muß der Zweck der Vorschrift, nämlich eine Partei möglichst nicht mit einem ihr zustehenden Beweismittel zu präkludieren, auch den Fall mit einbegreifen, daß, wie hier, das Beweismittel nur potentiell vorhanden ist, also erst noch beschafft werden muß. Insbesondere muß der Fall dann einbegriffen werden, wenn andere Beweismittel für die behauptete Tatsache nicht zulässig sind. Für die Möglichkeit, eine derartige Prozeßvorschrift analog anzuwenden, sprechen zahlreiche neuere Reichsgerichtsentscheidungen, in denen überall zum Ausdruck kommt, daß auch wesentliche Prozeßvorschriften nicht dazu

[58]) Salinger a. a. O.

[59]) Gegen eine Anwendung des § 148 Salinger und Marcus a. a. O., Elperting in JW. 1911, S. 395.

[60]) Für Anwendung des § 356 Salinger und Marcus a. a. O.

benutzt werden sollen, eine Partei in ihren Vermögensrechten zu beeinträchtigen und die Verfolgung ihrer Ansprüche vor Gericht zu vereitlen.[61]) Wenn Elperting[62]) eine Anwendung des § 356 ZPO. für unmöglich hält, indem er sagt, daß im Falle des Nichtvorliegens eines Schiedsgutachtens nicht der Beweisaufnahme, sondern dem Beweisantritt ein Hindernis entgegenstehe, so übersieht er, daß ja dieses Hindernis für den Beweisantritt letzten Endes auch ein Hindernis für die Beweisaufnahme ist, daß im übrigen aber auch § 356 ZPO. nicht direkt, sondern nur analog angewandt werden soll.

Die Sachlage stellt sich also jetzt folgendermaßen dar:

Ist ein Schiedsgutachten ergangen, so richtet sich die Vorlegung der Urkunde nach gewöhnlichen Grundsätzen; ist aber das Schiedsgutachten noch nicht zustande gekommen, so ist eine Frist gemäß § 356 ZPO. zu bestimmen, innerhalb welcher das Schiedsgutachten einzuholen und die Urkunde vorzulegen ist. Die Frist muß allerdings genügend lange bemessen sein, damit im Falle einer Weigerung des Gegners, beim Zustandekommen des Schiedsgutachtens mitzuwirken, die Möglichkeit besteht, ihn im gerichtlichen Verfahren dazu zu zwingen. Wird dann schließlich der durch die Berufung auf das Schiedsgutachten angetretene Beweis erbracht, so ist bei Vorliegen der anderen Voraussetzungen der Klage stattzugeben. Auf diese Weise wird die oben aufgezeigte Unbilligkeit gegenüber dem aus dem zugrunde liegenden Vertrage Berechtigten vermieden. Ihm droht nicht die Gefahr, daß vor Zustandekommen des Schiedsgutachtens seine Klage zunächst abgewiesen wird und ihm durch die unberechtigte Mitwirkungsverweigerung unnötig Zeit- und Geldverlust (Prozeßkosten!) verursacht werden.

[61]) RG. 102, 278; 105, 427.
[62]) a. a. O. S. 395.

III. *Abgrenzung von Schiedsvertrag und Schiedsgutachterklausel vom Standpunkt der Beweisvertragstheorie aus.*

Mit Hilfe der Konstruktion des Schiedsgutachtens als eines zulässigen Beweisvertrages lösen sich auch die oben angedeuteten Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der Schiedsgutachterklausel vom Schiedsvertrag. Übereinstimmung besteht innerhalb der herrschenden Lehre insoweit, als der Schiedsrichter über ein Rechtsverhältnis in seiner Gesamtheit oder Teile eines Rechtsverhältnisses zu entscheiden hat,[63]) also bereits über die Existenz eines Anspruchs urteilt, während der Schiedsgutachter nur Voraussetzungen des Anspruchs bindend feststellt und damit, wie Kohler[64]) es ausdrückt, erst „die Brücke zur Entscheidung über den Anspruch baut". Welcher Art aber diese Voraussetzungen sein müssen, ob es lediglich Tat- oder auch Rechtsfragen sein können, ist noch nicht ganz geklärt. So behauptet z. B. v. Staff,[65]) daß auch Rechtsfragen Gegenstand eines Schiedsgutachtens sein könnten. Die Lösung der Frage ergibt sich aus der Beweisvertragsnatur des Schiedsgutachtens. Soweit ein Umstand beweiserheblich ist, kann er auch Gegenstand eines Schiedsgutachtens sein. Daraus folgt, daß nicht nur Tatsachen, sondern auch Erfahrungssätze, soweit sie beweisbedürftig sind, durch Schiedsgutachten klargelegt werden können. Rechtssätze sind dagegen grundsätzlich nicht beweisbedürftig: Jura novit curia; in Ausnahmefällen, in denen das Bestehen eines Rechtssatzes bewiesen werden muß, d. i. ausländisches Recht, Gewohnheitsrecht oder Statutarrecht,[66]) ist ebenfalls ein Schiedsgutachten zulässig. Auch in den letzteren Fällen wird aber über einen Anspruch als solchen noch nicht entschieden, vielmehr nur bindend festgestellt, welchen Inhalt das anzuwendende Recht hat.

[63]) Seuff Arch. 64, S. 381, Kisch S. 12, RG. in JW. 1906, S. 146.
[64]) Kohler a. a. O. S. 259.
[65]) v. Staff a. a. O. S. 15.
[66]) Rosenberg S. 348.

E. Die Unwirksamkeit der Schiedsgutachterklausel

I. *Anfängliche Unwirksamkeit*

Die Voraussetzungen des Zustandekommens der Schiedsgutachterklausel hängen lediglich von den Vorschriften des Bürgerlichen Rechts ab, da, wie bereits ausgeführt wurde, die Schiedsgutachterklausel ein Prozeßrechtsgeschäft ist und sich solche prozeßrechtlichen Verträge im allgemeinen, soweit ihr Abschluß in Frage steht, nach den Vorschriften des materiellen Rechts richten. Nach § 106 Arb.G.Ges. ist jedoch der Abschluß einer Schiedsgutachterklausel nur insoweit möglich, als die Parteien einen Schiedsvertrag schließen können. Wird trotz Vorliegens einer der das Zustandekommen eines Schiedsvertrages hindernden Voraussetzung eine Schiedsgutachterklausel abgeschlossen, so tritt eine Bindung des Gerichts nicht ein. Liegt nun ein derartiger Mangel vor, so kann nicht etwa gesagt werden, daß nur die im Arb.G.Ges. geregelten Folgen nicht eintreten, im übrigen aber die Schiedsgutachterklausel ihre Wirksamkeit beibehalte. Die im Arb.G.Ges. ausdrücklich erwähnten Folgen sind, wie ausgeführt, nicht Specifica des arbeitsgerichtlichen Schiedsgutachtens, sondern treten bei jedem Schiedsgutachten, gleichgültig, auf welchem Rechtsgebiet es erstattet ist, ein: Andere Folgen zeitigt eine Schiedsgutachterklausel überhaupt nicht. Ist also eine Schiedsgutachterklausel entgegen den Voraussetzungen des § 91 Arb.G.Ges. in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren abgeschlossen worden, so ist sie nichtig, da die von den Parteien gewollten Rechtsfolgen nicht eintreten konnten. Der Fall liegt nicht anders, als wenn etwa bei Abschluß einer Schiedsgutachterklausel eine Vertragspartei geisteskrank geworden wäre: Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts von Anfang an.

II. *Nachträgliche Unwirksamkeit, hervorgerufen durch das Verhalten einer Partei*
Von diesem Fall einer ursprünglichen Unwirksamkeit scharf zu scheiden sind die Fälle, in denen die Schiedsgutachterklausel zwar zunächst gültig ist, späterhin jedoch ihre Wirksamkeit verliert. Keinerlei Zweifelsfragen entstehen dann, wenn die Klausel im gegenseitigen Einverständnis aufgehoben wird. Eine solche Aufhebung ist allerdings nicht schon ohne weiteres anzunehmen, wenn sich eine Partei im Prozeß nicht auf die Schiedsgutachterklausel berufen hat.[67])
Auch ein vertraglich bestimmtes Rücktrittsrecht ist denkbar, derart, daß bei Eintritt eines gewissen Umstandes wieder sämtliche übrigen Beweismittel benutzt werden dürfen. Ein gesetzliches Rücktrittsrecht soll für den Fall gegeben sein,[68]) daß beide Parteien sich zur Mitwirkung gegenseitig verpflichtet haben und der eine Teil mit der Mitwirkungsverpflichtung in Verzug gerät oder schuldhaft die Unmöglichkeit seiner Mitwirkungspflicht herbeiführt. Damit nähert sich diese Meinung der oben erwähnten Lehre,[69]) die bei Nichtmitwirkung einen Verlust des Rechts auf Schiedsgutachten eintreten lassen will. Abgesehen von den oben dazu vorgebrachten Bedenken — es wird vor allem wohl meistens am Verschulden fehlen — versagt dieses Rücktrittsrecht in den Fällen, in denen nur eine Partei zum Zustandekommen des Schiedsgutachtens tätig werden soll. Rücktrittsrechte als Verzugsfolgen gibt es aber nur bei gegenseitigen Verträgen. Das Arb.G.Ges. hat daher, wohl weil es diese Schwierigkeit einsah, einen Wegfall der Klausel dann vorgesehen, wenn eine Partei ihrer Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen ist (§ 106 in Verb. mit § 92 Abs. 1 Arb.G.Ges.).
So wünschenswert es auch sein mag, für alle Fälle des Vorkommens einer Schiedsgutachterklausel die arbeitsrechtliche Regelung ihrer Voraussetzungen gleichermaßen anzuwenden, so scheitert eine derartige Analogie an der Natur des Arbeitsgerichtsgesetzes als eines Spezialgesetzes. Weigert also in den nicht-arbeitsrechtlichen Fällen einer Schiedsgutachterklausel der eine Teil seine Mitwirkung, so bleibt es bei der oben aufgezeigten Regelung.[70])

[67]) Vgl. OLG. Frankfurt in JW. 1920, 500. Die Annahme einer solchen stillschweigenden Aufhebung der Klausel ist auf dem Gebiete des Arbeitsrechts schon deswegen nicht ohne weiteres möglich, weil die Klausel dort von Amtswegen zu berücksichtigen ist. (Vgl. Dersch-Volkmar zu § 106, S. 327.) Ist dem Gericht also der Abschluß der Klausel bekannt, so hat es sein Fragerecht dahin auszuüben, ob wirklich eine Aufhebung beabsichtigt war, darf aber nicht, wenn im Prozeß keine Berufung auf die Klausel erfolgt, die Aufhebung unbedingt als abgeschlossen ansehen.
[68]) Kisch S. 45.
[69]) Vgl. S. 20-21 des Textes.
[70]) Nach der sogen. Bedingungstheorie wäre also bei Weigerung des Mitwirkungsverpflichteten die Leistungsklage abzuweisen, anders bei der hier vertretenen Auffassung, wo die Leistungsklage zulässig bleibt.

Nicht zu verwechseln ist dieser Fall mit dem in Folgendem zu behandelnden, daß die Schiedsgutachter ein Schiedsgutachten nicht abgeben können bezw. wollen. Dort ist Voraussetzung, daß Schiedsgutachter bereits vorhanden sind, die Parteien also ihrer Mitwirkungspflicht genügt haben. Das Arb.G.Ges. regelt aber gerade den Fall, daß dieser Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen wird.

III. *Nachträgliche Unwirksamkeit, hervorgerufen durch das Verhalten der Schiedsgutachter*

Nach §§ 319 BGB., 64 und 184 VVG. verliert die Schiedsgutachterklausel nachträglich ihre Wirksamkeit, wenn die Sachverständigen ihre Feststellungen nicht treffen wollen, nicht treffen können oder verzögern.[71]) Unter denselben Voraussetzungen muß auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren die Schiedsgutachterklausel ihre Wirksamkeit verlieren, da schon mehrfach gezeigt wurde, daß die Schiedsgutachterklausel im Arbeitsrecht von derselben Struktur ist, wie auf allen anderen Rechtsgebieten. Allerdings bringt hier das Arb.G.Ges. eine Abänderung. Nach § 92 Ziff. 3 in Verbindung mit § 106 ist die Schiedsgutachterklausel erst dann wirkungslos, wenn die Durchführung des Vertrages von den Schiedsmännern verzögert wird und außerdem eine von dem Vorsitzenden des Arbeitsgerichts zur endgültigen Durchführung des Verfahrens gesetzte Frist fruchtlos verstrichen ist.[72]) Die nach den Vorschriften des BGB. und VVG. erforderliche „Verzögerung" bedarf also auf dem Gebiete des Arbeitsrechts noch des Hinzutretens eines weiteren Erfordernisses, um die Unwirksamkeit der Klausel herbeizuführen.

Das Vorliegen derartiger Hinderungsgründe wirkt nun dergestalt auf die Schiedsgutachterklausel ein, daß sie völlig ihre Wirksamkeit verliert, auch dann, wenn etwa im Falle der Verzögerung nachträglich noch ein Schiedsgutachten erbracht wird. Das Gericht ist an ein derartiges Gutachten ebensowenig mehr gebunden, wie es noch die Klausel zu berücksichtigen braucht. Selbstverständlich ist es aber möglich, daß die Parteien die Streitfrage nochmals derselben Schiedsgutachterstelle unterbreiten, bevor sie sich an das staatliche Gericht wenden oder daß sie ein nicht rechtzeitig ergangenes Schiedsgutachten als wirksam behandelt wissen wollen. Dann liegt in einer derartigen Vereinbarung der Abschluß eines

[71]) Über die Bedeutung der einzelnen Tatbestände vgl. die ausführliche Darstellung bei Kisch S. 47. Zu den Fällen der Unmöglichkeit rechnet auch wohl Stimmengleichheit. (Vgl. § 92 Ziff. 4 Arb.G.Ges.)

[72]) Es handelt sich hier um eine gewisse Verknüpfung des gerichtlichen mit einem außergerichtlichen Verfahren, die sich in der Regelung des Arb.G.Ges. häufiger findet.

neuen Schiedsgutachtervertrages, der wiederum alle ihm eigentümlichen Wirkungen auslöst.[73])

Daher erscheint die Meinung von Wedemeyer[74]) nicht recht verständlich, daß trotz des entgegenstehenden Wortlauts des BGB. und VVG. die Klausel in dem zuletzt behandelten Falle nicht unwirksam werde, sondern den Parteien nur das Recht zustehe, sofort den Staatsrichter anzurufen. Wedemeyer will seine Ansicht damit begründen, daß es unbillig erscheine, wenn die Schiedsgutachterklausel schon kraft Verhaltens des Schiedsgutachters von selbst außer Kraft gesetzt werde und damit der Partei, die es mit einem vom Gegner benannten säumigen Schiedsgutachter zu tun habe, die Entscheidung genommen werde, wie weit sie sich Verzögerungen gefallen lassen wolle. Wenn dagegen die Klausel nicht unwirksam würde, und die Parteien von ihrem Recht der Anrufung eines staatlichen Gerichtes keinen Gebrauch machten, so bestehe der Schiedsgutachtervertrag in uneingeschränkter Wirkung fort.

Ein derartiges Abrücken von dem klaren Gesetzeswortlaut ist aber durchaus nicht notwendig, da ja die Parteien — auch stillschweigend — jederzeit nach Unwirksamkeit der Schiedsgutachterklausel eine neue mit demselben Inhalt abschließen können und damit dasselbe Ziel erreichen, wie wenn der alte Schiedsgutachtervertrag niemals unwirksam gewesen wäre. Die Wedemeyer'sche Ansicht würde vom Standpunkt der Billigkeit aus allerdings dann gerechtfertigt erscheinen, wenn sie besagen wollte, daß jede Partei für sich auf die Anrufung der staatlichen Gerichte verzichten und auf den nach seiner Ansicht noch gültigen Schiedsgutachtervertrag zurückgreifen könnte. Ein derartiger einseitiger Verzicht wird aber auch wohl von Wedemeyer nicht für zulässig gehalten, denn er spricht immer nur von einer „Aufgabe durch die Parteien". Die Wedemeyer'sche Konstruktion stellt sich also als zur Abstellung einer Unbilligkeit gar nicht notwendig dar, da auf dem Wege des Abschlusses eines neuen Schiedsgutachtervertrages mit altem Inhalt das erstrebte Ziel — Bindung des Gerichts — erreicht werden kann.

Unter Umständen tritt eine Unwirksamkeit der Klausel auch dann ein, wenn ein bereits vorliegendes Schiedsgutachten unverbindlich bezw. unwirksam ist; der Einfluß der Unwirksamkeit des Schiedsgutachtens auf den Bestand der Klausel kann aber erst bei den einzelnen Unwirksamkeitsgründen des Schiedsgutachtens erörtert werden.

[73]) Kisch S. 49.
[74]) a. a. O. S. 100 ff.

F. Die Rechtsnatur des Schiedsgutachtens

Wenn die Schiedsgutachterklausel Beweisvertrag ist, so muß sich das Schiedsgutachten als Beweismittel darstellen. Dieses Beweismittel beantwortet die streitige Frage und stellt sie mit bindender Wirkung für das Gericht fest. Es handelt sich also rechtlich um genau dasselbe, wie bei dem Gutachten eines jeden gerichtlichen Sachverständigen, nur daß dem Gericht die freie Beweiswürdigung in diesem Punkt entzogen ist.

Als Gutachten, das allerdings infolge seines unbedingten Beweiswertes gewichtiger ist als ein gewöhnliches Gutachten, kann das Schiedsgutachten keine Willenserklärung dahingehend sein, daß sich die Rechtsverhältnisse der Partei nach der im Schiedsgutachten getroffenen Feststellung richten sollen; als Beweismittel besagt das Schiedsgutachten etwas nur über das, was ist, nicht aber, was sein soll. Eine Einwirkung auf die Rechtsverhältnisse der Parteien findet in keiner Weise statt, da das Schiedsgutachten nur aufdeckt, nicht aber festsetzt.[75]) Eine Willenserklärung kann aber nur dann vorliegen, wenn durch die Erklärung eine von dem Erklärenden gewollte Rechtsfolge eintritt. Mag auch der Schiedsgutachter die Rechtsverhältnisse der Parteien von seinem Ausspruch abhängig gemacht haben wollen: Es tritt mit Abgabe des Gutachtens unmittelbar keinerlei Veränderung in den materiellen Rechtsbeziehungen ein. Nur liegt jetzt der Fall so, daß vorher nicht Offenbares jetzt offenbart ist. Demnach kann das Schiedsgutachten nichts anderes als eine sogenannte Vorstellungsäußerung sein, es enthält die Beantwortung der den Schiedsgutachtern vorgelegten Fragen, ist also reine Verstandesarbeit, nicht dagegen Ausdruck eines bestimmten Willens.[76]) Kisch[77]) drückt dieses Merkmal der schiedsgutachterlichen Tätigkeit folgendermaßen aus: „Ihr Schwergewicht liegt in der Auffindung dessen, was unabhängig von dem Schiedsgutachten bereits in der Wirklichkeit der Dinge besteht, nicht in der Erzeugung neuer Wirkungen."

Praktische Bedeutung kommt der Frage, ob Willenserklärung oder Vorstellungsäußerung jedoch kaum zu, da die wichtigste Frage, nämlich die nach der Anfechtbarkeit besonders geregelt ist (§ 319 BGB.).[78])

[75]) Auch hier gewinnt also die oben erörterte Frage wieder Bedeutung, ob die Bestimmung nach billigem Ermessen eine Feststellung oder Festsetzung enthält. (Vgl. S. 8-9 des Textes.)

[76]) Im Gegensatz zu den obigen Ausführungen nehmen v. Tuhr, Allgemeiner Teil II, 1, S. 108/109, Oertmann zu § 318 Ziff. 2, Planck zu § 318 Ziff. 1 an, daß das Schiedsgutachten eine Willenserklärung enthalte. Zweifelnd, aber im Ergebnis ablehnend Kisch S. 100.

[77]) S. 100.

[78]) Daß gerade die ausdrückliche Regelung der Anfechtung gegen die Natur des Schiedsgutachtens als einer Willenserklärung spricht, gibt Planck zu § 318 Anm. 1 zu.

1. *Anfechtung des Schiedsgutachtens.*

Die Voraussetzungen und Wirkungen der Anfechtung des Schiedsgutachtens sollen in Folgendem erörtert werden:

Nachdem das RG. einmal betont hat,[79]) daß die Vorschriften der §§ 317 ff. BGB. auf alle Arten von Schiedsgutachten analog anwendbar seien, bestehen auch keine Bedenken, § 318 Abs. 2 entsprechend anzuwenden. Die Voraussetzungen für die Anfechtung sind die gewöhnlichen: §§ 119 bezw. 123 BGB. Liegen die Erfordernisse einer dieser beiden Bestimmungen vor, so kann zwar nicht der Schiedsgutachter, wohl aber eine der Vertragsparteien anfechten und zwar muß derjenigen Vertragspartei dieses Recht zustehen, deren Rechtsposition gegenüber einem Schiedsgutachten, bei welchem kein Anfechtungsgrund bestand, durch das anfechtbare Schiedsgutachten verschlechtert wird.

Planck[80]) will allerdings eine Anfechtung des Schiedsgutachtens überhaupt nicht zulassen. Ebenso verneinen Flatow-Joachim[81]) die Zulässigkeit der Anfechtung eines arbeitsrechtlichen Schiedsgutachtens, weil eine solche, soweit ein Schiedsgutachten rechtsgültig durch die vereinbarte Stelle zustande gekommen sei, dem Sinn des Schiedsgutachtervertrages zuwiderlaufen würde. Planck begründet seine Ansicht damit, daß es einer Anfechtung im Falle der Bestimmung nach billigem Ermessen nicht bedürfe, weil eine nicht offenbar unbillige Bestimmung unanfechtbar sein müsse. Daher sei eine Anfechtung nur bei einer Bestimmung nach freiem Belieben möglich. Diese Auffassung will wohl zum Ausdruck bringen, daß durch die Sonderregelung, die bei einer offenbar unbilligen Bestimmung Platz greift und einer derartigen Erklärung ohne weiteres ihre Rechtswirkungen entzieht, ein Anfechtungsrecht dann nicht gegeben sein kann, wenn die Bestimmung nicht offenbar unbillig ist. Dieser Ansicht kann jedoch nicht zugestimmt werden. Abgesehen davon, daß von berufener Seite[82]) der Satz aufgestellt worden ist, daß auch unwirksame Rechtstatbestände noch anfechtbar seien, muß auch bei einem zwar nicht offenbar — aber doch immerhin noch unbilligen (unrichtigen) Schiedsgutachten eine Anfechtungsmöglichkeit bestehen. Das Gesetz erleichtert mit der Regelung der sofortigen Unwirksamkeit von offenbar unbilligen Bestimmungen die Geltendmachung eines Irrtums, auf dem die Unbilligkeit beruht. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, daß in den Fällen, in denen der Anfechtungsgrund nicht die Ursache einer offenbaren Unbilligkeit gewesen ist, ein Anfechtungsrecht nicht bestehe. Gerade aus der Tatsache, daß bei Kausalität zwischen Anfechtungsgrund und offenbar unbilliger Bestimmung es einer Anfechtung nicht mehr bedarf, muß

[79]) Bd. 96, S. 57 ff.
[80]) Zu § 318 Anm. 2.
[81]) Zu § 107, Arb.G.Ges. Anm. 1.
[82]) Kipp, Doppelwirkungen im Recht in Festgabe für Martitz, Berlin 1911.

gefolgert werden, daß die Anfechtung dann wieder notwendig und möglich wird, wenn eine offenbar unbillige Bestimmung trotz Vorliegens eines Anfechtungsgrundes nicht gegeben ist. Es ist auch nicht einzusehen, weshalb eine bloß unbillige Bestimmung — nur bei offenbar unbilligen tritt aber Unwirksamkeit ein — nicht angefochten werden dürfte. Dafür, daß nicht bei jeder noch so geringfügigen Abweichung von der Billigkeit ein Anfechtungsrecht geltend gemacht werden kann, sorgt der Wortlaut des § 119 BGB., nach dem ein Anfechtungsrecht nur bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles (das letztere ist ein objektives Erfordernis!) zulässig ist. Ebenfalls ist nicht einzusehen, welche ausdrückliche Bestimmung im Arb.G.Ges. der Geltendmachung eines Anfechtungsrechtes entgegenstehen sollte. Da das Schiedsgutachten, wie schon wiederholt betont, seinem Inhalt nach dort genau dasselbe ist, wie auf allen anderen Rechtsgebieten, kann auch mangels einer ausdrücklichen Vorschrift das Anfechtungsrecht nicht ausgeschlossen sein.

Die Wirkung der Anfechtung ist hier dieselbe wie bei jeder Anfechtung. Nach § 142 BGB. ist es also so anzusehen, als ob niemals ein Gutachten ergangen wäre. Die Schiedsgutachterklausel besteht also in alter Weise fort, sie wird durch den Wegfall des Schiedsgutachtens nicht berührt. Einer der Fälle, in welchem sofort der Staatsrichter angerufen werden kann, ist nicht gegeben. Weder verzögerten die Schiedsgutachter die Abgabe des Gutachtens, noch wollten oder konnten sie die Bestimmung nicht treffen. Die Schiedsgutachterstelle ist also jederzeit in der Lage, ein neues Gutachten zu erstatten.[83])

Wie wirkt sich die Anfechtung im Prozesse aus? Eine Tatsache, die bereits als bewiesen erschien, wird durch den Wegfall des Schiedsgutachtens infolge der Anfechtung wieder beweisbedürftig, auch dann noch, wenn der Prozeß sich bereits in der Berufungsinstanz befindet, während bei einem gültigen Schiedsgutachten sämtliche Instanzen an den durch das Gutachten erbrachten Beweis gebunden sind.[84]) Auf Antrag hat also wieder das oben geschilderte Verfahren (Fristsetzung gemäß § 356 ZPO.) einzugreifen. Ist auf das angefochtene Gutachten hin ein Urteil ergangen, so muß dieses Urteil in der Berufungsinstanz dann aufgehoben werden, wenn das neue Schiedsgutachten zu einem anderen Ergebnis als das erste führen würde.

[83]) Dernburg Pandekten II § 87 III, 3 nimmt allerdings an, daß im Falle der Anfechtung sofort gerichtliche Feststellung entsprechend § 319 Abs. 1 BGB. verlangt werden könne.

[84]) Baumbach zu § 106 Arb.G.Ges. Anm. 2.

II. *Unwirksamkeit wegen Verletzung von Verfahrensregeln.*
Eine, neuerdings im Arb.G.Ges. gesetzlich festgelegte, Unwirksamkeit des Schiedsgutachtens tritt auch dann ein, wenn gewisse Verfahrensregeln nicht beachtet worden sind. Selbstverständlich ist es, daß die Parteien einen bestimmten Gang des Verfahrens vereinbaren können mit der Maßgabe, daß bei Verletzung einer vertraglich festgelegten Verfahrensvorschrift das Schiedsgutachten seine Wirksamkeit verlieren soll. Neben diesem vereinbarten Verfahren sind im Arb.G.Ges. fest umgrenzte Verfahrensregeln vorgeschrieben. Das von der Schiedsgutachterstelle einzuhaltende Verfahren regelt sich im Arbeitsrecht also:[85])

a) nach den zwingenden Vorschriften der §§ 95, 96 und 98 Arb.G.Ges.;
b) nach den von den Parteien festgelegten Verfahrensregeln;
c) nach freiem Ermessen der Schiedsgutachterstelle.
(Bei dem Verfahren handelt es sich also um freies Ermessen, während die Festsetzung nach billigem Ermessen erfolgen muß.)

Abgesehen von diesen gesetzlich festgelegten Verfahrensvorschriften im Arbeitsrecht, bestehen für das sonstige Schiedsgutachterverfahren keine zwingenden Verfahrensnormen, so daß also — bei Nichtregelung des Verfahrens durch die Parteien — grundsätzlich sich das Verfahren nach freiem Ermessen der Schiedsgutachterstelle abwickeln könnte. Von der Rechtsprechung sind jedoch gewisse Tatbestände, die gegen allgemeine Rechtsregeln verstoßen, für geeignet erklärt worden, das ganze Verfahren und damit auch das Schiedsgutachten unwirksam zu machen, so z. B., wenn ein Geisteskranker keinen Vertreter hat,[86]) wenn die Schiedsgutachter ihren Spruch nicht gemeinsam, sondern getrennt abgegeben haben.[87]) Diese Unwirksamkeit tritt immer ein, mögen nun Verfahrensgrundsätze von den Parteien vorgeschrieben sein oder nicht.[88])

Auch eine auf einem Verstoß gegen Verfahrensgrundsätze beruhende Unwirksamkeit des Schiedsgutachtens kann die Klausel nicht außer Kraft setzen. Es kann nunmehr, ebenso wie nach erfolgter Anfechtung eines Schiedsgutachtens, auf Grund der Klausel die Einholung eines neuen, nach ordnungsmäßigen Verfahrensgrundsätzen zustande gekommenen Schiedsgutachtens verlangt werden.[89]) Wie der Fall zu beurteilen ist, wenn einem Schiedsgutachter eine ihm nach dem Parteiwillen

[85]) Flatow-Joachim zu § 107 Arb.G.Ges. Anm. 1.
[86]) RG. in VA. 1905, 63 Nr. 131.
[87]) RG. in VA. 1914, 38 Nr. 802.
[88]) Daß die bloße Verletzung einer nach dem Parteiwillen für das Verfahren maßgebenden Geschäftsordnung noch nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Verfahrens und des Schiedsgutachtens führt, betont Bruck zu § 64 VVG. Anm. 9; sollte jedoch nach dem Parteiwillen von der betreffenden Verfahrensvorschrift die Gültigkeit des gesamten Verfahrens abhängen, so tritt bei ihrer Verletzung wieder Unwirksamkeit ein. (Vgl. S. 40-41 des Textes.)
[89]) Anscheinend anderer Meinung RG. in APV. 11, 73 und APV. 07, 24.

oder nach allgemeinen Rechtsregeln zukommen sollende Eigenschaft fehlte, und ob deswegen eine Unwirksamkeit des Schiedsgutachtens eintreten kann, wird in Folgendem bei der Frage nach der Unwirksamkeit infolge offenbarer Unbilligkeit behandelt werden.

III. *Die Unverbindlichkeit des Schiedsgutachtens.*

Für gewöhnlich bindet ein im Prozeß erstattetes Gutachten das Gericht nur nach Maßgabe des § 286 ZPO. Das Gutachten kann zwar, muß aber nicht der Entscheidung zugrunde gelegt werden. Anders, wie gezeigt, verhält es sich beim Schiedsgutachten, das grundsätzlich, wie das Gesetz es ausdrückt, „verbindlich" ist. Um durch eine derartige Bindung aber nicht zu offenbar unrichtigen Urteilen zu gelangen, ist das Institut der „Unverbindlichkeit wegen offenbarer Unbilligkeit" (§ 319 BGB.) oder wegen „offenbar erheblicher Unrichtigkeit" (§ 64 VVG.) geschaffen worden, das insoweit also Mißständen in der Bindung des Gerichts vorzubeugen geeignet ist. Schon aus diesem Zweck der Unverbindlichkeit ergibt sich, daß sie unter allen Umständen von Amtswegen zu berücksichtigen ist und daß eine Unterlassung einer dahingehenden Prüfung gegen § 286 ZPO. verstoßen würde, da das Gericht den ihm verbleibenden geringen Raum innerhalb seiner Beweiswürdigungsmöglichkeit nicht unausgenutzt lassen darf.[90])

Die Unverbindlichkeit muß durch eine von der wirklichen Sachlage offenbar erheblich abweichende Feststellung hervorgerufen werden.

Dieselbe Bedeutung, wie diesem im § 64 VVG. festgelegten Tatbestande kommt der offenbaren Unbilligkeit des BGB. zu. Wie oben dargetan, besteht auch die nach BGB. der Schiedsgutachterstelle obliegende Tätigkeit immer in einer Feststellung, niemals in einer Festsetzung. Das BGB. mußte diesen Begriff jedoch undeutlicher als das VVG. fassen, weil von der Vorschrift des § 319 BGB. auch die Bestimmung nach freiem Belieben betroffen wird, die sich nicht als schiedsgutachterliche Tätigkeit darstellt. Soweit es sich jedoch um ein Schiedsgutachten handelt, ist, bei erheblicher Abweichung des Gutachtens von der tatsächlichen Lage „Unbilligkeit" mit „Unrichtigkeit" identisch. § 64 VVG. stellt sich demnach als authentische Interpretation des § 319 BGB. dar, soweit in der letztgenannten Vorschrift der Fall einer Bestimmung nach billigem Ermessen geregelt ist.

[90]) RG. 96, S, 57 ff. nimmt in diesem Fall allerdings an, daß eine Verletzung von § 286 ZPO. nicht vorliege.

Nach gemeinem Recht und ALR. bestand für die „Billigkeit" (Richtigkeit) eine Vermutung.[91]) Das heute geltende Recht hat es richtigerweise nicht für notwendig gehalten, eine derartige Vermutung aufzustellen. Wird die Richtigkeit bestritten, so stellt sich dieses Bestreiten als eine Einwendung dar, für die nach allgemeinen Beweislastregeln der Bestreitende beweispflichtig ist, auch dann, wenn er für die in dem Gutachten zu klärende Tatsache nicht beweispflichtig wäre.[92])

Über die Erfordernisse der Begriffe „Offenbarkeit" und „Erheblichkeit" mag hier auf die erschöpfende und sachlich zutreffende Erörterung von Kisch[93]) hingewiesen werden.

In diesem Zusammenhang ist auch die Frage zu erörtern, ob lediglich der Nachweis einer offenbaren Unrichtigkeit zur Unverbindlichkeit des Schiedsgutachtens führt oder ob eine solche Unverbindlichkeit auch schon dann anzunehmen ist, wenn die Voraussetzungen beim Zustandekommen des Schiedsgutachtens offensichtlich die Gefahr einer unrichtigen Entscheidung erkennen ließen. Wichtig wird dieses Problem vor allem, wenn ein Schiedsgutachter mitgewirkt hat, der im Interesse einer der Parteien zu handeln schien.[94])

Rau[95]) formuliert diese Frage folgendermaßen:

Genügt zur Herbeiführung der Unverbindlichkeit des Spruchs der Nachweis der Befangenheit eines Schiedsgutachters oder muß noch außerdem bewiesen werden, daß Kausalzusammenhang zwischen dieser Befangenheit und der getroffenen Feststellung besteht?

Diese Fragestellung ist in der oben angegebenen Form nicht richtig. Wenn nämlich feststeht, daß die getroffene Entscheidung offenbar unrichtig ist, so kommt es auf den Kausalzusammenhang zwischen Unrichtigkeit und Befangenheit eines Schiedsgutachters nicht mehr an. Eine jede Unrichtigkeit führt, sofern sie sich als offenbare und erhebliche darstellt, zur Unverbindlichkeit, ohne Rücksicht auf die Tatsachen, mit deren Hilfe es zu dieser Unrichtigkeit kommen konnte. Der Kausalzusammenhang ist also nie beweisbedürftig. Die Fragestellung kann daher nur sein: Reicht der Nachweis der Befangenheit eines Schiedsgutachters schon aus, um die Unverbindlichkeit des Schiedsgutachtens herbeizuführen? Die Fragestellung ergibt auch schon die Beantwortung. Unverbindlichkeit tritt nach dem Gesetzeswortlaut bei offenbar erheblicher

[91]) OLG. Jena vom 24. 2. 1900, RG. in JW. 1900, S. 671.
[92]) Kisch S. 149.
[93]) S. 134/136.
[94]) Eine solche Handlungsweise ist allerdings noch nicht zu befürchten, wenn ein Schiedsgutachter eine Auffassung, die der einen Partei günstig ist, vertritt, wohl aber dann, wenn er in einem Abhängigkeitsverhältnis zu einer der Parteien steht. (Vgl. Hannes in JR. 1928, S. 241, Bruck zu § 64 VVG. Anm. 7.)
[95]) a. a O. S. 282.

Unrichtigkeit ein. Selbst wenn also bewiesen ist, daß ein Schiedsgutachter befangen war, so ist damit noch keineswegs dargetan, daß seine Feststellung von der wirklichen Sachlage abweicht.[96]) Nur das letztere kann aber das Schiedsgutachten unverbindlich machen.

Möglich ist allerdings, daß durch Mitwirkung eines befangenen Schiedsgutachters das Verfahren in seiner Gesamtheit unwirksam wird; das wird namentlich dann der Fall sein, wenn die Parteien die Unbefangenheit der Schiedsgutachter als erste Voraussetzung des Verfahrens betrachtet wissen wollten. Das in diesem Verfahren ergehende Schiedsgutachten ist zwar auch nicht rechtswirksam, aber nicht, weil es unrichtig ist, sondern weil es als Ergebnis eines nichtigen Verfahrens überhaupt nicht existent geworden ist.[97]) Das Ergebnis ist also, daß zur Geltendmachung der Unverbindlichkeit immer der Nachweis der Unrichtigkeit erforderlich ist. Der Nachweis einer bloßen Gefahr, daß möglicherweise eine unrichtige Entscheidung vorliegen könnte, kann nicht ausreichen.

Was bedeutet aber „Unverbindlichkeit"? Nach der hier vertretenen Auffassung von der Schiedsgutachterklausel als Beweisvertrag bedeutet die „Unverbindlichkeit" dasjenige, was ihr Name ausdrückt: Das Gericht ist nicht mehr an das vorliegende Gutachten gebunden, es muß es also seiner Entscheidung nicht mehr zugrunde legen. Von einer Nichtigkeit des Gutachtens dürfte in diesem Fall nicht gesprochen werden,[98]) denn Nichtigkeit ist ein Begriff, der nur auf Rechtsgeschäfte paßt, nicht aber auf Vorstellungsäußerungen, die Wirksamkeit nur als Beweismittel haben können. Wird also diese Vorstellungsäußerung (das Schiedsgutachten) für nicht verbindlich erklärt, so folgt daraus nur, daß die unbedingte Beweiskraft des Schiedsgutachtens weggefallen ist und jetzt wieder § 286 ZPO. voll und ganz zur Anwendung gelangen kann.

Noch weniger als von einer Nichtigkeit dürfte in diesem Falle von einer Anfechtbarkeit des Schiedsgutachtens die Rede sein.[99]) Es bedarf keines auf Nichtverbindlichkeit des Schiedsgutachtens gerichteten Willensaktes

[96]) 2 Urteile des RG. nehmen einander entgegengesetzte Standpunkte in dieser Frage ein. In JW. 1899, S. 726, Nr. 1 wird nur der Nachweis der Befangenheit verlangt, während eine bei Rau S. 282 zitierte, jedoch nicht veröffentlichte Entscheidung vom 20. 3. 1902 auch den Nachweis der offenbaren Unrichtigkeit verlangt.

[97]) Bei Schiedsgutachterklauseln, die von einer solchen Voraussetzung abhängig sind, wird es sich empfehlen, in analoger Anwendung von § 406 ZPO. den befangenen Schiedsgutachter abzulehnen; sonst besteht die Gefahr, daß analog § 43 ZPO. ein Verzicht auf die Geltendmachung der Befangenheit anzunehmen ist.

[98]) Kisch S. 142 behandelt den Fall des § 319 als Nichtigkeit des Schiedsgutachtens.

[99]) Von Anfechtung im Fall des § 319 BGB. reden Oertmann zu § 319 Nr. 1, Rau S. 292, Weißmann S. 281, v. Staff S. 19.

seitens einer Partei, sondern die Unverbindlichkeit tritt kraft Gesetzes ein. Durch diesen automatischen Wegfall des Schiedsgutachtens wird der Ausschluß des richterlichen Prüfungsrechts (§ 286 ZPO.), der durch die Schiedsgutachterklausel eintritt, nicht zu Auswüchsen führen. Die Parteien können nicht dem Richter die Überzeugung von der Wahrheit einer Tatsache aufdrängen, die, für den Richter offenbar, ganz anders liegt, als sie in dem als Beweismittel festgesetzten Gutachten erscheint. Die Macht der Parteien, Beweismittel zu produzieren und in gewissem Umfang das richterliche Prüfungsrecht auszuschließen, darf nicht dazu führen, daß das Gericht sachlich falsche Urteile auszusprechen verpflichtet ist, während es die wirkliche Sachlage klar erkennt oder jedenfalls von der Unrichtigkeit des von ihm unterstellten Sachverhaltes überzeugt ist. Aus diesem Grunde ist es nicht möglich, daß die Nichtverbindlichkeit erst im Wege der Anfechtung herbeigeführt werden muß; hinge sie wirklich von einem derartigen Willensakt der Parteien ab, so könnten diese dadurch, daß sie von ihrem Anfechtungsrechte keinen Gebrauch machten, die soeben geschilderte unzulässige Bindung des Gerichtes hervorrufen.

Derartige Bindungen zu vermeiden, ist auch der Zweck des § 64 Abs. 3 VVG., der für den Fall, daß die Parteien im voraus vereinbaren, den Spruch der Schiedsgutachterstelle als maßgebend billigen zu wollen, gleichgültig, ob er offenbar erheblich unrichtig sei oder nicht, eine solche Vereinbarung für nichtig erklärt. Es hätte dieser ausdrücklichen Bestimmung nicht bedurft, wenn bei Abfassung des Gesetzes die Schiedsgutachterklausel als Beweisvertrag angesehen worden wäre. Denn, wie oben ausgeführt, kann auch ein zulässiger Beweisvertrag das Gericht nur bis zu einer gewissen Grenze binden, soweit nämlich, als das Resultat der Beweisaufnahme nicht der dem Gericht bekannten Sachlage offensichtlich widerspricht. Verträge, die eine solche Bindung herbeiführen sollen, sind schon aus allgemeinen, in den Grundprinzipien des Prozeßrechts liegenden Gründen nichtig. § 64 Abs. 3 VVG. ist also keine Sondernorm für das Gebiet des Versicherungsrechtes, sondern der Ausfluß eines allgemeinen Prinzips, das gleichmäßig auf jeden Schiedsgutachtervertrag Anwendung finden muß, mag er nun dem Bürgerlichen, dem Versicherungs- oder dem Arbeitsrecht angehören. Dieser Folgerung kann man nicht mit dem Einwand begegnen, daß die Parteien, nachdem ein offenbar unrichtiges Schiedsgutachten ergangen ist, sich diesem Gutachten unterwerfen können, trotzdem sie von seiner Unverbindlichkeit wissen,[100]) und damit also doch das Gericht zwingen können, einen Umstand als vorliegend zu erachten, der offensichtlich nicht in dieser

[100]) Vgl. OLG. Breslau in VA. 1928, 45, Nr. 1695.

Form vorhanden gewesen ist. Wenn das Gericht in diesem Falle auch wirklich das (offenbar unrichtige) Schiedsgutachten seiner Entscheidung zugrunde legen muß, so besteht diese Verpflichtung nicht auf Grund des Beweisvertrages; der Beweisvertrag ist durch das offenbar unrichtige Schiedsgutachten nichtig geworden und bleibt nichtig. Aber die Parteien haben jetzt der objektive feststehenden Schuldbeziehung einen neuen Inhalt verliehen, sie haben das Schuldverhältnis im Bewußtsein der Abweichung des Schiedsgutachtens von der tatsächlichen Lage abgeändert. In einem derartigen Vertrag ist also nichts anderes als die Aufhebung des alten, unter gleichzeitiger Schaffung eines neuen Schuldverhältnisses zu erblicken. Daß solche Verträge gültig sind und das Gericht verpflichten, den neuen Tatbestand zum Ausgangspunkt seiner Entscheidung zu machen, dürfte nicht bestritten sein. Es ist aber daran festzuhalten, daß in solchem Falle kein prozessualer, sondern ein rein materiell-rechtlicher Vertrag vorliegt, den das Gericht wie jeden anderen, den materiellen Anspruchsgrund verändernden Umstand zu berücksichtigen hat.[101]) Ein offenbar unrichtiges Schiedsgutachten kann also nicht von vornherein als für das Gericht maßgebend vereinbart werden: Die Schiedsgutachterklausel als solche ist bereits nichtig. Im Interesse der Prozeßökonomie liegt es aber, die Wirksamkeit der Klausel auch dann außer Kraft zu setzen, wenn ohne solche vorherige Vereinbarung das Schiedsgutachten unverbindlich ist. Es besteht immerhin die Gefahr, daß bei einer nochmaligen Entscheidung das zweite Schiedsgutachten nicht wesentlich von dem Inhalt des ersten abweicht, da die Sachverständigen nur schwerlich von dem einmal eingenommenen Standpunkt abgehen werden. So erklärt sich die Vorschrift des § 319 BGB., daß in diesem Falle die Feststellung der ursprünglich durch Schiedsgutachten zu klärenden Tatsachen durch Urteil zu erfolgen habe. Das offenbar unrichtige Schiedsgutachten beseitigt also die dem Gericht in der Auswahl der Beweismittel und der Möglichkeit der sachlichen Nachprüfung auferlegte Schranke. Das Gericht kann nunmehr über die Streitfrage die Erhebung anderer Beweise anordnen oder, wenn ihm die Beantwortung der Frage aus eigener Sachkunde möglich ist, auf diesem Wege vorgehen. Es muß nicht, wie bereits ausgeführt wurde, erst abwarten, ob die eine oder die andere Partei auf „gerichtliche Entscheidung" anträgt,[102]) sondern hat ohne weiteres so zu verfahren, als ob weder ein Schiedsgutachten noch eine

[101]) Als selbstverständlich braucht nicht hervorgehoben zu werden, daß ein derartiger Vertrag infolge sittenwidriger Bindung der Partei nach § 138 BGB. nichtig sein kann.

[102]) Vgl. RGR. Komm. § 319 Anm. 1, wo allerdings dieser Standpunkt eingenommen wird.

Schiedsgutachterklausel vorläge. Demnach hat das Gericht keine besondere Entscheidung über den streitigen Umstand zu erlassen — zu dieser Annahme könnte allerdings der Gesetzeswortlaut verleiten —, sondern die Tatsache nur in den Entscheidungsgründen desjenigen Urteils, das über den Anspruch ergeht, klarzustellen. Eine Art Gutachten über eine streitige Voraussetzung, das in Rechtskraft erwachsen würde, hervorzubringen, steht nicht in der Macht des Gerichts, das nur über Rechtsverhältnisse, nicht aber über rechtserhebliche Tatsachen zu urteilen in der Lage ist.[103]) Selbstverständlich ist, daß die Berufungsinstanz nicht an die Beurteilung der Tatsache, wie sie das Vordergericht vorgenommen hat, gebunden ist, während ein gültiges Schiedsgutachten für alle Instanzen kraft des Beweisvertrages maßgeblich ist.

[103]) Vgl. Kohler Beiträge S. 259.

Verzeichnis der benutzten Bücher und Schriften.

Baumbach, Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz, Berlin 1930.

Bruck, Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag, Berlin und Leipzig 1929.

Bülow, in Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 61, S. 1 ff.

Dernburg, Pandekten, 1900.

Dersch-Volkmar, Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz, Berlin 1928.

Elperting, in JW. 1911, S. 394 ff.

Flatow-Joachim, Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz, Berlin 1928.

Goldschmidt, Zivilprozeßrecht, Berlin 1929.

Hannes, in Juristische Rundschau 1928, S. 241 ff.

Jürgens, Die Rechtsnatur des Schiedsvertrages, Göttingen 1929.

Kipp, Doppelwirkungen im Recht, in Berliner Festgabe für Martitz 1911.

Kisch, Der Schiedsmann im Versicherungsrecht, Leipzig 1924.

Kohler, Beiträge zum Zivilprozeß, Berlin 1894.
— in Busch's Zeitschrift, 30, S. 154 ff.

Marcus, in Recht 1912, S. 92 ff.

Nußbaum, Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse, Berlin 1908.

Nußbaum, Kommentar zum Börsengesetz, Berlin.

Oertmann, Kommentar zum BGB., Berlin 1927.
— in Busch's Zeitschrift, 45, S. 403.
— Die Aufrechnung im Deutschen Zivilprozeß 1916.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1914.

Rau, Die Schiedsgerichtsklausel in Versicherungsverträgen, in Zeitschrift für Versicherungswissenschaft 1905, S. 275 ff.

Reichsgerichtsräte, Kommentar von, 1929.

Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozesses 1931.

Salinger, in Recht 1908, S. 143 ff.

v. Staff, Das Schiedsgerichtsverfahren nach dem heutigen deutschen Recht, Berlin 1926.

v. Tuhr, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München und Leipzig 1918.

Wangner, Der Schiedsgutachter (Zivilprozeßrechtliche Forschungen), herausgegeben von Richard Schmidt, Heft 4.

Weißmann, Archiv für die zivilistische Praxis, 72, S. 281 ff.

Wedemeyer, in Wirtschaft und Recht der Versicherung 1913, S. 100 ff.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen der Oberlandesgerichte.

Veröffentlichungen des Aufsichtsamts für Privatversicherung (APV.).

Das Recht.

Deutsche Juristenzeitung.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Juristische Wochenschrift.

Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.